



Concepto 376021 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000376021

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000376021

Fecha: 14/10/2021 09:13:44 a.m.

Bogotá

Ref: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿El representante legal de la organización “Autoridades Indígenas de Colombia por la Pacha Mama-AICO”, debe renunciar a dicha representación para poder aspirar al Congreso de la República por circunscripción nacional especial por comunidades indígenas, en los términos del numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, teniendo en cuenta que suscribió convenios interadministrativos con el Ministerio del Interior? ¿AICO frente a los convenios interadministrativos que se encuentran en ejecución, administra tributos o contribuciones parafiscales que inhabiliten al Representante Legal para inscribir su candidatura al Congreso de la República? Radicado 20219000637232 del 22 de septiembre de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta sobre el eventual impedimento para el representante de un cabildo indígena que suscribió convenios con el Ministerio del Interior y su aspiración al Congreso de la República, me permito informarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar con relación a la naturaleza jurídica de los Cabildos Indígenas y de las Asociaciones Tradicionales de Autoridades Indígenas, el Decreto 1071 de 2015¹ dispone que los cabildos indígenas son “una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización socio política tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercerla autoridad y

realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad”.²

De igual forma, el Decreto 1088 de 1993³ en su artículo 2 dispuso en relación con la naturaleza jurídica de las Asociaciones Tradicionales de Autoridades Indígenas que son “entidades de Derecho Público de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa”.

De esta manera, es claro en relación con la naturaleza jurídica de los Cabildos Indígenas y de las Asociaciones Tradicionales de Autoridades Indígenas que se trata de entidades públicas especiales, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

En el mismo sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado al referirse a la naturaleza jurídica de los cabildos indígenas ha señalado:

“El cabildo indígena es una entidad atípica, que cumple las funciones previstas en la Constitución y en las leyes. El cabildo indígena es una de las “autoridades de los pueblos indígenas” a que alude el art. 246 de la C.P. Respecto de las entidades de carácter especial ha dicho la Corte Constitucional: “Si bien por razones técnicas y sistemáticas toda organización administrativa debería concebirse sobre la base de tipos definidos de entidades, la dinámica y las cada vez más crecientes y diversas necesidades del Estado no hacen posible la aplicación de esquemas de organización estrictamente rígidos; en ciertas circunstancias surge la necesidad de crear entidades con características especiales que no corresponden a ningún tipo tradicional” - Sentencia C-508/97-.

Los elementos estructurales que se desprenden de la definición son los siguientes:

1. El Estado, en virtud de la diversidad de la Nación colombiana, les reconoce representación legal, social y política a las formas tradicionales de organización indígena, con fundamento esencialmente en el espacio físico vital - tierras elemento que históricamente se ha reconocido desde la época de la Conquista y de la Colonia.

2. La referencia que hace el precepto a una “entidad pública especial” debe armonizarse con las funciones atribuidas a los Cabildos en la Ley 89

de 1890, las cuales no tienen el carácter de públicas, ni forman parte de la estructura orgánica de la administración pública, pues tales atribuciones se remiten a regular asuntos estrictamente internos de las comunidades indígenas; tal calificación persigue sustraerlas de la esfera de lo privado para colocarlas en la de lo público, con las prerrogativas que ello implica, especialmente el reconocimiento pleno por el Estado y los particulares, de las autoridades indígenas y de sus atribuciones de autogobierno.

3. Mediante el proceso democrático de elección se asegura la representación de las comunidades indígenas exclusivamente en cabeza de sus miembros, manera de preservar su identidad cultural, mantener la cohesión social del grupo y legitimar sus autoridades.

4. A la par que ejercen conforme a sus usos y costumbres la autoridad interna tradicional - garantizada constitucionalmente-, cumplen las funciones señaladas en la ley".⁴

De otra parte el Consejo de Estado en sentencia de 30 de octubre del 2015 reiteró que los Cabildos Indígenas y las Asociaciones Tradicionales de Autoridades Indígenas son *entidades de derecho público de carácter especial* y señaló que de acuerdo a las sentencias de la Corte Constitucional, las diferentes comunidades indígenas del país poseen la autonomía necesaria para regular la gestión de los asuntos propios, en diferentes materias, dentro de las limitaciones que les impone la Constitución Política de 1991⁵.

Ahora bien, los Cabildos Indígenas de conformidad con el Decreto 1071 de 2015 tienen como finalidad "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".

En el mismo sentido, el artículo 3 del Decreto 1088 de 1993 establece que las Asociaciones Tradicionales de Autoridades Indígenas tienen como objeto "el desarrollo integral de las Comunidades Indígenas" y que para el cumplimiento de su objeto pueden desarrollar las siguientes acciones:

a. Adelantar actividades de carácter industrial y comercial, bien sea en forma directa, o mediante convenios celebrados con personas naturales o jurídicas;

b. Fomentar en sus comunidades proyectos de salud, educación y vivienda en coordinación con las respectivas autoridades nacionales, regionales o locales y con sujeción a las normas legales pertinentes".

Asimismo, en relación con los Cabildos Indígenas, el artículo 3 de la Ley 89 de 1890 establece que "en todos los lugares en que se encuentre establecida una parcialidad de indígenas habrá un pequeño Cabildo nombrado por éstos conforme a sus costumbres. El período de duración de dicho Cabildo será de un año, de 1o de Enero a 31 de Diciembre. Para tomar posesión de sus puestos no necesitan los miembros del Cabildo de otra formalidad que la de ser reconocidos por la parcialidad ante el Cabildo cesante y a presencia del Alcalde del Distrito". De esta manera, los Cabildos Indígenas para obtener personería no necesitan nada más que el acuerdo de su creación o constitución y registrarlo ante la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior.

Ahora bien, con relación a la calidad que ostentan los gobernadores de Cabildo y cabildantes, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce, Radicación número: 1297Radicado 1297 de 2000, del 14 de diciembre de 2000, señaló:

"Según la definición reglamentaria transcrita, el cabildo indígena es una entidad atípica, que cumple las funciones previstas en la Constitución y en las leyes. Respecto de las entidades de carácter especial ha dicho la Corte Constitucional: "Si bien por razones técnicas y sistemáticas toda organización administrativa debería concebirse sobre la base de tipos definidos de entidades, la dinámica y las cada vez más crecientes y diversas necesidades del Estado no hacen posible la aplicación de esquemas de organización estrictamente rígidos; en ciertas circunstancias surge la necesidad de crear entidades con características especiales que no corresponden a ningún tipo tradicional".

En estas condiciones, los gobernadores de cabildo y los cabildantes gozan de un régimen excepcional para el cumplimiento de las funciones atribuidas a esta entidad, pues la naturaleza de éstas no permite encasillarlas en la clasificación de servidores públicos prevista en el artículo 123 constitucional, dado que no son miembros de una corporación pública, ni empleados o trabajadores del Estado y, por lo demás el legislador no ha establecido ninguna otra clasificación respecto de ellos, en uso de las facultades del artículo 150.23 ibídem. Así las cosas, el hecho de calificarse el Cabildo como entidad pública no tiene por virtud transformar las atribuciones de los gobernadores de Cabildo y cabildantes en públicas y darles a estos la calidad de servidores públicos." (Subraya y negrilla fuera del texto)

De acuerdo con el Consejo de Estado, los gobernadores de cabildo y los cabildantes tienen un régimen excepcional para el desempeño de las funciones atribuidas a los cabildos indígenas, pues la naturaleza de éstas no permite encasillarlas en la clasificación de servidores públicos prevista en el artículo 123 constitucional, dado que no son miembros de una corporación pública, ni empleados o trabajadores del Estado y, por lo demás el legislador no ha establecido ninguna otra clasificación respecto de ellos, en uso de las facultades del artículo 150.23 de la Carta Política.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica considera que los gobernadores de cabildo y los cabildantes no tienen la calidad de servidores públicos.

Ahora bien, respecto de las inhabilidades para aspirar al Congreso de la República, tenemos que el artículo 179 de la Constitución Política señala en relación con las inhabilidades para ser Congresista y que aplican al caso consultado, lo siguiente:

“ARTICULO 179. No podrán ser congresistas:

(...)

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

(...)

PARÁGRAFO TRANSITORIO. La inhabilidad establecida en el numeral anterior no aplicará para quienes hayan renunciado al menos seis (6) meses antes del último día de inscripciones para la realización de las elecciones al Congreso de la República en el año 2010.

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este Artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5 (...).” (Subrayado nuestro)

De acuerdo con la anterior disposición Constitucional, no podrá ser elegido Congresista quien haya intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o haya sido representante legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección. Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. También se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5.

Por su parte, la Ley 5 de 1992⁶, preceptuó frente al tema de inhabilidades para ser elegido Congresista:

“ARTÍCULO 280. CASOS DE INHABILIDAD. No podrán ser elegidos Congresistas:

(...)

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones para fiscales, dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección.

(...)

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5, y 6, se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este Artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5.” (Subrayado nuestro)

El Consejo de Estado, mediante sentencia con número de radicación 0601-0606 de septiembre 4 de 1992, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, respecto a las inhabilidades para ser congresista por contratación con entidades públicas, expresó:

“Del tenor literal de la disposición constitucional se deduce que no podrán ser congresistas quienes dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección hayan incurrido en una

cualquiera de las siguientes conductas:

a) Intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas.

b) Intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio, o en el de terceros.

c) Haber sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales.”

“Como párrafos atrás de indicó, para que se dé la inhabilidad descrita en el numeral 3 del Artículo 179 de la Constitución Nacional, es necesario que la gestión de negocios o la celebración de contratos en interés propio o en el de terceros tenga lugar ante entidades públicas "...dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección", siempre y cuando la gestión y la celebración de contratos..." tenga lugar en la circunscripción en la cual debe efectuarse la respectiva elección". (Subrayado nuestro)

Por otra parte, respecto a la diferencia entre la celebración y suscripción de contratos, el Consejo de Estado en Sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado 4033, Magistrado Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá, señaló:

“En la sentencia de 3 de febrero de 2006, expediente 3867, esta Sección efectuó las siguientes precisiones acerca del sentido y alcance de la causal de inhabilidad que ocupa la atención de la Sala:

"...esta Sala ha entendido por intervención en la celebración de contratos aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular. De esta manera, la intervención en la celebración de contratos comprende un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales, sino también a las partes del contrato, en donde la participación personal se entiende directa.

...De otra parte, ha establecido que lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución⁷. Igual consideración expresó respecto de la intervención en la gestión de negocios”.

En la sentencia C- 618 de 27 de noviembre de 1997 la Corte Constitucional señaló que dicha inhabilidad perseguía las siguientes finalidades constitucionales:

"evitar una confusión entre intereses públicos y privados. En efecto, quien ha intervenido en nombre propio o de terceros en la celebración de un contrato con la administración, en principio defiende los intereses particulares frente a los intereses del Estado, mientras que el alcalde tiene exactamente la función contraria, pues su función es la preservación de los intereses del municipio, por lo cual le corresponde incluso ejercer un control sobre los propios contratistas. Por ello, y como bien lo señalan los intervinientes, resulta razonable evitar que llegue a ser jefe de la administración local quien, como particular, ha participado en una contratación que interesa al municipio, sin que medie un plazo prudente que garantice la no incidencia del funcionario en las medidas, recursos y evaluaciones que se encuentran en cabeza de la administración.

De otro lado, la inhabilidad también puede cumplir otra finalidad constitucionalmente relevante, pues obstaculiza el aprovechamiento de recursos públicos para desfigurar los procesos electorales. En efecto, un contratista, por el hecho de adelantar obras de "utilidad para la comunidad, puede llegar a ejercer una cierta influencia local, que podría aprovechar en los procesos electorales municipales, con lo cual se viola la igualdad en este campo y se altera la propia dinámica de la participación política.

La Sección, por su parte, sostuvo en varias ocasiones que la inhabilidad solo podía predicarse frente a quienes intervienen en la celebración de contratos en interés particular (propio o de un tercero) y no frente a quienes celebraran contratos en su calidad de funcionarios públicos y en nombre de entidades públicas, pues en tal caso actúan como representantes del interés general y en cumplimiento de un deber legal⁸.” (Subrayado nuestro)

De acuerdo con el anterior pronunciamiento, lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución. En consecuencia, puede inferirse que la fecha a tener en cuenta para que se configure la causal de inhabilidad relacionada con la celebración de contratos es el momento de su suscripción.

De conformidad con la norma y jurisprudencia citada, no podrán ser Congresistas quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, en la circunscripción en la cual debe efectuarse la respectiva elección, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección, entendiéndose por celebración el nacimiento del contrato, sin que interese que tiempo se tarde en su ejecución, con el fin de no incurrir en la inhabilidad señalada en el numeral 9 del Artículo 179 de la Constitución Política.

Finalmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos⁹, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado¹⁰ en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y

267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio". (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

En este orden de ideas podemos concluir en relación con sus interrogantes, lo siguiente:

1. El representante legal de la organización "Autoridades Indígenas de Colombia por la Pacha Mama- AICO" no debe renunciar a dicha representación para poder aspirar al Congreso de la República, toda vez que no se constituye como un servidor público.
2. Toda vez que los "convenios interadministrativos" celebrados con el Ministerio del Interior se realizaron con antelación al 13 de septiembre de 2021 (fecha límite para el término de seis meses de que trata la prohibición), no se encuentra impedimento para su aspiración al Congreso de la República.
3. La celebración de un convenio interadministrativo con una entidad pública, no puede entenderse per se como la administración de tributos o contribuciones parafiscales para efectos de la inhabilidad en estudio, por lo que deberá acudir directamente al Ministerio del Interior como entidad contratante, para que le informen sobre el origen de los recursos y los objetos de los convenios desarrollados, toda vez que este Departamento Administrativo en ejercicio de sus competencias legales no puede entrar a analizar dichas materias, ni definir lo relacionado con temas presupuestales de las entidades públicas.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo_y_https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/HHS.

11602.8.4

1. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural.
2. Artículo 2.14.7.1.2 del Decreto 1071 de 2015.
3. Por el cual se regula la creación de las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas.
4. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 14 de diciembre de 2000. Radicado No. 1297.
5. Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia de 30 de octubre de 2015. C.P. Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio. Expediente No. 52001-23-33-000-2015-00559-01 (AC).
6. "Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes".
7. Sentencia de 6 de marzo de 2003 proferido por la Sección 58 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, entre otras.
8. Sentencias 2143 de 11 de febrero de 1999 y de 24 de agosto de 2001, radicación 2583, proferidas por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado.
9. Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Sentencia No. C-903/08 Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería. Sentencia No. C-015/04. Magistrado Ponente: Manuel Jose Cepeda Espinosa. Sentencia C-353/09 Magistrado Ponente: Jorge Ivan Palacio Palacio.

10. Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:56:27