

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

Posteriormente, la Ley 2160 de 2021, "Por medio del cual se modifica la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007", estableció nuevas regulaciones con respecto a la capacidad contractual y naturaleza jurídica de varios tipos de organización, entre ellas los cabildos indígenas y asociaciones de autoridades tradicionales indígenas. Teniendo en cuenta esta filosofía y objetivos buscados en el proyecto de ley, esta modificó, entre otras cosas, el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 mediante su artículo 3º, cuyo tenor literal dispuso:

[...]

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

[...]

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

SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL – Servicio público – Definición – Verificación



La seguridad social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y es prestado por entidades públicas y privadas. Mediante esta se evitan desequilibrios económicos y sociales que, de no resolverse, implicarían la reducción o la pérdida de los ingresos por causa de contingencias como la enfermedad, los accidentes, la maternidad o el desempleo, entre otras. De acuerdo con la Ley 100 de 1993, el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia se compone de los sistemas de pensiones, de salud y de riesgos laborales y de los servicios sociales complementarios.

SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL – Contratación estatal – Requisito del contrato estatal – Artículo 41 de la Ley 80 de 1993 – Artículo 50 de la Ley 789 de 2002

En materia de contratación estatal, el texto original del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 dispuso que los requisitos para perfeccionar el contrato son: i) el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y ii) que conste por escrito. Por su parte, para iniciar la ejecución se requiere: i) la constitución y aprobación de la garantía y ii) la existencia del registro presupuestal, salvo que se tratara de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Presupuesto, condiciones que solo son posibles cumplir una vez se haya suscrito el contrato. Posteriormente, el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007 modificó el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, incluyendo la obligación, para los proponentes y contratistas, de acreditar estar a paz y salvo con los aportes parafiscales al Sistema de Seguridad Social Integral.

Por su parte, el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 dispuso como obligación de quien quiere celebrar, renovar o liquidar contratos de cualquier naturaleza con entidades del sector público, cumplir con las obligaciones a los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a la Caja de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje. Asimismo, faculta a la entidad estatal, al momento de liquidar los contratos, para verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debió cotizar.

SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL – Acreditación – Pueblos Indígenas – Personas jurídicas – Artículo 5 de la Ley 691 de 2001 – Régimen Subsidiado – Regla general – Excepciones

De esta manera, integrando las diferentes disposiciones que regulan el deber de acreditar el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con el Sistema de Seguridad Social Integral, en concreto, el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 y el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, es posible concluir que la acreditación de dicho requisito se realiza en diferentes momentos del proceso contractual, tal como se detalla a continuación:

[...]

Ahora bien, en cuanto al objeto específico de su consulta, de acuerdo con lo manifestado en el presente numeral, es necesario explicar que, las Asociaciones de Cabildos y



Autoridades Tradicionales, los Cabildos y en general las organizaciones indígenas, en tanto personas jurídicas, en principio, deben cumplir con lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 50 de la Ley 789 de 2002. Esto considerando que ni esta, ni otra norma en particular, exceptúa a este tipo de personas jurídicas del cumplimiento del requisito allí previsto. Lo anterior supone que tales sujetos deban acreditar que se encuentran al día con los aportes parafiscales de que les correspondan, a efectos de cumplir con el requisito previsto en la parte final del segundo inciso del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, es necesario poner de presente que, los referidos aportes parafiscales que deben acreditarse son los que corresponde hacer a la respectiva persona jurídica respecto de sus "empleados", esto es, respecto de las personas que tengan una relación laboral con la organización. En ese sentido, en el marco del cumplimiento del requisito previsto en el tercer inciso del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, no les resultaría exigible a las Asociaciones de Cabildos y Autoridades Tradicionales, ni a los Cabildos y ni a las organizaciones indígenas, acreditar aportes parafiscales respecto de personas con las que no tengan una relación laboral, como bien podría ser el caso de un representante legal vinculado mediante contratos de mandato o prestación de servicios.



Bogotá D.C., 12 de junio del 2024



Señor:

Carlos Henry Cuellar Mendoza

carloshenrycuellar@gmail.com

Bogotá D.C.

Concepto C-093 del 2024

Tema: CABILDOS INDÍGENAS – AUTORIDADES TRADICIONALES INDÍGENAS – ASOCIACIONES DE CABILDOS INDÍGENAS Y/O AUTORIDADES TRADICIONALES INDÍGENAS – CONSEJOS INDÍGENAS Y ORGANIZACIONES INDÍGENAS – Noción – Régimen de contratación – Decreto 1088 de 1993 – Decreto 252 de 2020 – Ley 1551 de 2012 – Decreto 1953 de 2014 – Ley 2160 de 2021 – Ley 2294 de 2023 / SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL – Servicio público – Definición – Verificación / SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL – Contratación estatal – Requisito del contrato estatal – Artículo 41 de la Ley 80 de 1993 – Artículo 50 de la Ley 789 de 2002 / SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL – Acreditación – Pueblos Indígenas – Personas jurídicas – Artículo 5 de la Ley 691 de 2001 – Régimen Subsidiado – Regla general – Excepciones

Radicado: Respuesta a consulta Nro. P20240507004763

Estimado señor Cuellar Mendoza:

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



Departamento Nacional
de Planeación - **DNP**

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

WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 08 de mayo del 2024.

1. Problema planteado

En la petición de la referencia se realiza solicitud de consulta sobre la obligación de realizar los aportes al sistema de seguridad social. Al respecto usted pregunta: “[...] ¿Existe norma que al igual que lo relacionado anterior, permite la suscripción de contrato estatal obviando dicho requisito?, teniendo en cuenta que se trata de una comunidad que ostenta una condición especial en materia de salud? O ¿debe ceñirse al cumplimiento de los requisitos para tal efecto [...]”.

2. Consideraciones

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

La competencia de esta Entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales,

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5° de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y



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

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) los regímenes de contratación de los cabildos indígenas, autoridades tradicionales indígenas, asociaciones de cabildos indígenas y/o autoridades tradicionales indígenas, consejos y organizaciones indígenas, y ii) La Seguridad Social Integral en las diferentes etapas de los procesos de contratación pública: Aplicabilidad del artículo 50 de la Ley 789 de 2002 a las personas jurídicas representativas de los pueblos indígenas.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente –en adelante la ANCP-CCE– se ha pronunciado sobre el marco jurídico de la contratación con pueblos indígenas en los conceptos Nro. C-718 del 23 de enero de 2022, C- 720 del 25 de enero de 2022, C-731 del 26 de enero de 2022 y C-063 del 15 de marzo de 2022, C-305 de 20 de mayo de 2021, C-349 de 1 de junio de 2022, C-359 de 6 de junio de 2022, C-695 de 24 de octubre de 2022, C-707 de 25 de octubre de 2022, C-761 de 12 de octubre de 2022, C- 806 del 19 de diciembre de 2022, C- 899 de 30 de diciembre de 2022, C-928 de 26 de enero de 2023, C-961 del 30 de enero de 2023, RS20230227001739 del 27 de febrero de 2023, C- 084 del 28 de abril de 2023, C-044 del 8 de mayo de 2023, C-182 del 29 de junio de 2023, C-319 del 2 de agosto de 2023, C-301 del 6 de octubre de 2023, C-459 del 22 de diciembre del 2023, C-011 del 01 de marzo del 2024 y el C-012 del 21 de marzo del 2024.

Igualmente, esta Agencia ha analizado el régimen de seguridad social, en los conceptos con radicados Nro. 42019130000005594 de 30 de septiembre de 2019, 4201913000006384 de 21 de octubre de 2019, 4201912000007492 de 17 de

contratación pública". Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: "[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general".



diciembre de 2019, C-040 de 5 de febrero de 2020, C-042 de 5 de febrero de 2020, C-134 del 7 de abril 2021, C-038 del 1 de marzo de 2022, C-712 de 13 de octubre de 2022 y C-054 del 19 de abril de 2023.² Algunas de las consideraciones de estos conceptos se reiteran y se complementan en lo pertinente para dar respuesta a su consulta.

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

Con la suscripción del Convenio No. 169 de 1989 "Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes" de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, incorporado al bloque de constitucionalidad³ mediante la Ley 21 de 1991, "Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ava reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989", el Estado colombiano se comprometió a promover el desarrollo de los pueblos indígenas con acciones concretas dirigidas al reconocimiento de sus derechos y el respeto de su integridad, entre otros compromisos adquiridos. Al respecto, la Ley 21 de 1991, en el artículo 2, prescribe:

"Artículo 2.

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a). Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

² Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>

³ Constitución Política: "Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia [...]"



- b). Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;
- c). Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida."

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

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

"Artículo 329. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

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

Esta norma dispuso que la conformación de las *entidades territoriales indígenas* se realizaría de acuerdo con lo indicado en la Ley de Ordenamiento Territorial. No obstante, mientras esa ley era expedida por el Congreso de la República, la Constitución dispuso un mecanismo para poner en funcionamiento los territorios indígenas de manera transitoria. En efecto, el artículo 56 transitorio de la Constitución Política prescribe lo siguiente:



“Artículo Transitorio 56. Mientras se expide la ley a que se refiere el artículo 329, el Gobierno podrá dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales.”

Con fundamento en el artículo 56 transitorio de la Constitución Política, el Gobierno Nacional fue autorizado para expedir las normas fiscales y las demás necesarias para el funcionamiento de los territorios indígenas, hasta tanto la Ley de Ordenamiento Territorial fuera expedida. De este modo, basados en el artículo 56 de la Constitución Política, en junio de 1993 se expidió el Decreto 1088, “Por el cual se regula la creación de las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas”, que otorgó a los cabildos y/o autoridades indígenas la posibilidad de conformar asociaciones, atribuyéndoles la naturaleza de entidades de derecho público, de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. Al respecto, la disposición prescribe:

“Artículo 1º 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 2º Naturaleza Jurídica. Las asociaciones de que trata el presente Decreto, son entidades de Derecho Público de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.”

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

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

“Artículo 2.14.7.5.1. Naturaleza Jurídica. Los resguardos indígenas son propiedad colectiva de las comunidades indígenas en favor de las cuales se



constituyen y conforme a los artículos 63 y 329 de la Constitución Política, tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



1o. Se denominan entidades estatales:

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

De acuerdo con la Ley 80 de 1993, los territorios indígenas son entidades estatales. No obstante, la existencia de ellos se encuentra condicionada a la expedición de la Ley de Ordenamiento Territorial, por lo que la aplicación de la Ley 80 de 1993, para este tipo de entidades, presenta dificultades por no existir una norma que defina los territorios indígenas a los que hace referencia esta Ley, lo que necesariamente remite a otras normas para determinar qué se entiende por territorios indígenas y cuáles tienen capacidad para adquirir obligaciones.

Posteriormente se expidió la Ley 1454 de 2011, “*Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones*”, que reguló asuntos relacionados con el ordenamiento territorial, pero no constituyó a los territorios indígenas, como lo demuestra el párrafo 2º del artículo 37, al disponer que el Gobierno debía presentar al Congreso un proyecto de ley que regulara los Territorios Indígenas:

“Párrafo 2º. 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 indígenas⁴:

“2.8.43. Sobre este punto encuentra la Corte que la norma de la cual se predica la omisión legislativa es la Ley 1454 de 2011 en su integridad. Esta ley, “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones” está compuesta por cuarenta artículos organizados en cinco títulos: el Título Primero de “Las Disposiciones Generales”, el Título Segundo del “Marco Institucional”; el Título III “De las Competencias”, el Título IV “De las Regiones Administrativas y de Planificación” y el Título V sobre “Disposiciones Finales”[95].

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

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

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

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

16. En concordancia con lo establecido en el artículo 355 de la Constitución Política, los municipios y distritos podrán celebrar convenios solidarios con: los cabildos, las autoridades y organizaciones indígenas, los organismos de acción comunal y demás organizaciones civiles y asociaciones residentes en el territorio, para el desarrollo conjunto de programas y actividades establecidas por la Ley a los municipios y distritos, acorde con sus planes de desarrollo.

17. Elaborar los planes y programas anuales de fortalecimiento, con la correspondiente afectación presupuestal, de los cabildos, autoridades y organizaciones indígenas, organismos de acción comunal, organizaciones civiles y asociaciones residentes en el territorio. Lo anterior deberá construirse



de manera concertada con esas organizaciones y teniendo en cuenta sus necesidades y los lineamientos de los respectivos planes de desarrollo.

18. Celebrar convenios de uso de bienes públicos y/o de usufructo comunitario con los cabildos, autoridades y organizaciones indígenas y con los organismos de acción comunal y otros organismos comunitarios. [...]"

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

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

[...]

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

Los convenios solidarios que pueden suscribir los municipios y distritos con los cabildos, las autoridades y organizaciones indígenas, no tienen límites en cuanto a su cuantía.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1953 de 2014, "*Por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de 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. La norma prescribe lo siguiente:

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

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

Por otro lado, el Decreto 1953 de 2014, en el artículo 20, determina que los actos o contratos que celebren o expidan los territorios indígenas en virtud de ese decreto se regirán por el Estatuto Orgánico del Presupuesto y el Estatuto de Contratación Estatal, entre otras normas. También dispuso que los territorios indígenas pueden celebrar contratos con las asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales de que trata el Decreto 1088 de 1993, pero esos negocios jurídicos a los que hace referencia la norma solo podrán celebrarse entre territorios



indígenas, cabildos y/o autoridades tradicionales constituidos bajo lo dispuesto en el Decreto 1088 de 1993, no con otras entidades del Estado.⁵

A las normas analizadas se adiciona ahora el Decreto 252 de 2020, expedido por el Gobierno Nacional, que adiciona el Decreto 1088 de 1993, el cual regula las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas y, entre otros aspectos, la naturaleza de sus actos y contratos. En este sentido, el artículo 10 del Decreto 1088 de 1993 dispone que los negocios jurídicos de esas asociaciones –de cabildos y/o de autoridades tradicionales– se rigen por el derecho privado. No obstante, el Decreto 252 de 2020, adicionó un párrafo, asignándole a las “organizaciones indígenas” capacidad para contratar, sin limitaciones en cuanto al objeto del contrato o por la fuente de los recursos.

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

En cambio, el artículo 1 del Decreto 252 de 2020 permite que las asociaciones de cabildos o asociaciones de autoridades tradicionales indígenas y las “organizaciones indígenas” contraten con las entidades estatales definidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, y además pueden hacerlo de manera directa – sin necesidad de participar en licitaciones u otro proceso de selección–, pero condicionado a la composición de esas organizaciones, cuyos miembros deben ser, exclusivamente: i) cabildos indígenas, ii) resguardos indígenas, iii) asociaciones

⁵ Artículo 20. Ejecución de recursos. Los actos o contratos que expidan o celebren los Territorios Indígenas, según sea el caso, para la ejecución de los recursos a que hace referencia el presente decreto, se regirán por las normas del Estatuto Orgánico de Presupuesto, el Estatuto de Contratación Estatal, las normas contables que para este efecto defina la Contaduría General de la Nación y las demás disposiciones complementarias, y por las disposiciones vigentes para aquellos sectores en los cuales haya sido certificado.

Parágrafo. Cuando los Territorios Indígenas requieran celebrar contratos con las asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas constituidos bajo lo dispuesto en el Decreto 1088 de 1993, la modalidad de selección se surtirá de acuerdo con lo establecido en el literal c) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007.



de cabildos indígenas, iv) asociaciones de autoridades indígenas, y v) otras formas de autoridad indígena.⁶

En ese sentido, i) la norma le confirió a las “organizaciones indígenas” capacidad para contratar con el Estado y ii) también autorizó a todas las entidades estatales a contratar con ellas de manera directa. Por oposición, antes de esta norma solo podían celebrar convenios solidarios con municipios y distritos. En todo caso, el Decreto 252 de 2020 no califica a las “organizaciones indígenas” como entidades estatales, no regula su naturaleza o régimen legal, sino que establece la regulación indicada en materia contractual.

Posteriormente, la Ley 2160 de 2021, “Por medio del cual se modifica la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007”, estableció nuevas regulaciones con respecto a la capacidad contractual y naturaleza jurídica de varios tipos de organización, entre ellas los cabildos indígenas y asociaciones de autoridades tradicionales indígenas⁷. Teniendo en cuenta esta filosofía y objetivos buscados en el proyecto

⁶ Decreto 252 de 2020: “Artículo 1. Adiciónese al artículo 10 del Decreto 1088 de 1993, el siguiente párrafo:

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”.

⁷ Al respecto, la exposición de motivos expresó que: “La iniciativa presentada consiste en conceder capacidad jurídica a los cabildos indígenas para poder contratar directamente con las entidades del Estado, tanto en lo contemplado en la Ley 80 de 1993, como en la Ley 1150 de 2007. Sea lo primero mencionar que, el proyecto de ley se justifica en el análisis normativo realizado de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, las cuales no incluyen disposiciones que otorguen capacidad jurídica a los cabildos indígenas para celebrar negocios con las entidades del Estado, como tampoco se evidencian causales de contratación directa que permita celebrar directamente negocios jurídicos con los cabildos.

[...]

“Bajo este panorama, las comunidades indígenas se han visto gravemente afectadas pues las entidades del Estado han expresado que no existen alternativas jurídicas que permitan la celebración de contratos o convenios con cabildos, ni una causal de contratación directa que habilite eficazmente el desarrollo de programas o inversión de recurso en beneficio de las comunidades indígenas como sujetos de especial protección. Lo anterior, ha ocasionado que las comunidades indígenas en múltiples ocasiones hayan recurrido a las vías de hecho para promover la garantía y materialización de sus derechos. En virtud de lo anterior, es necesario crear una disposición que otorgue plena capacidad Jurídica a los cabildos indígenas y autorice a las entidades del Estado la suscripción de Negocios jurídicos directamente con esta forma de gobierno indígena”. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Informe de ponencia para primer debate en comisiones primeras conjuntas de Senado y Cámara. Proyecto de ley número 418 de 2021 del Senado, 485 de 2020 cámara, por medio del cual se modifica la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.



de ley, esta modificó, entre otras cosas, el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 mediante su artículo 3º, cuyo tenor literal dispuso:

“ARTÍCULO 7º. ENTIDADES A CONTRATAR. Para los efectos de esta ley se entiende por:

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

[...]

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

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

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

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

[...]

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



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

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

"ARTÍCULO 353. [...]"

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

De acuerdo, con lo expuesto, de los regímenes de contratación aplicables a los pueblos indígenas, se deduce que: i) los cabildos indígenas en virtud de lo consagrado en el Decreto 2164 de 1995 y en la Ley 2160 de 2021 que modificó el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, deben entenderse como Entidades públicas especiales; ii) las autoridades tradicionales indígenas son consideradas Entidades de derecho público de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1088 de 1993 y la Ley 2294 de 2023; iii) las asociaciones de cabildos indígenas y/o autoridades tradicionales indígenas son consideradas Entidades de derecho público de conformidad a lo expuesto en los Decretos 1088 de 1993 y 252 de 2020 y en la Ley 2294 de 2023; iv) los consejos Indígenas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 330 constitucional disponen que a través de estos se representaran ante el Gobierno Nacional y demás Entidades a los territorios indígenas entre otras funciones cuya naturaleza se le puede catalogar de derecho público, no obstante, lo anterior no fue definido expresamente por la Ley 2294 de 2023; v) las organizaciones indígenas, en estricto sentido, no fueron definidas como Entidades



de derecho público, por el contrario la Ley 1551 de 2012, permite observar que frente a aquellas se aplicaría derecho privado, sin embargo, hay que tener en cuenta por quienes estará constituido dichas organizaciones, pues en virtud del Decreto 252 de 2020 se les permitió a las organizaciones indígenas celebrar contratos o convenios de manera directa con las Entidades Estatales, siempre y cuando estén conformadas exclusivamente por cabildos indígenas, resguardos indígenas, asociaciones de cabildos, asociación de autoridades u otra forma de autoridad indígena propia; y vi) se consideraran Entidades Estatales aquellos resguardos que se asocien para administrar y ejecutar los recursos del SGP, en virtud de lo contemplado en el Decreto 1953 de 2014.

2.2. La Seguridad Social Integral en las diferentes etapas de los procesos de contratación pública: Aplicabilidad del artículo 50 de la Ley 789 de 2002 a las personas jurídicas representativas de los pueblos indígenas

La *seguridad social* es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y es prestado por entidades públicas y privadas. Mediante esta se evitan desequilibrios económicos y sociales que, de no resolverse, implicarían la reducción o la pérdida de los ingresos por causa de contingencias como la enfermedad, los accidentes, la maternidad o el desempleo, entre otras. De acuerdo con la Ley 100 de 1993, el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia se compone de los sistemas de pensiones, de salud y de riesgos laborales y de los servicios sociales complementarios.

En materia de contratación estatal, el texto original del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 dispuso que los requisitos para perfeccionar el contrato son: i) el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y ii) que conste por escrito. Por su parte, para iniciar la ejecución se requiere: i) la constitución y aprobación de la garantía y ii) la existencia del registro presupuestal, salvo que se tratara de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Presupuesto, condiciones que solo son posibles cumplir una vez se haya suscrito el contrato. Posteriormente, el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007 modificó el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, incluyendo la obligación, para los proponentes y contratistas, de acreditar estar a paz y salvo con los aportes parafiscales al Sistema de Seguridad Social Integral.

Por su parte, el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 dispuso como obligación de quien quiere *celebrar, renovar o liquidar* contratos de cualquier naturaleza con entidades del sector público, cumplir con las obligaciones a los sistemas de salud,



riesgos profesionales, pensiones y aportes a la Caja de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje. Asimismo, faculta a la entidad estatal, al momento de *liquidar* los contratos, para verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debió cotizar⁸.

Además, aclara que las *personas jurídicas* que quieran celebrar contratos con las entidades estatales deben acreditar el pago al sistema de seguridad social de sus empleados, por eso presentarán una certificación expedida por el revisor fiscal o por el representante legal, durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para que se hubiera constituido la sociedad, el cual no será inferior a los seis (6) meses anteriores a la celebración del contrato. En este sentido, la ley señala que *para presentar la oferta* las personas jurídicas deben acreditar el requisito señalado anteriormente.

Esta norma fue analizada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, la cual consideró que el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 tiene por objeto evitar la evasión por parte de los empleadores de las cotizaciones al sistema de seguridad social y de los aportes parafiscales, y para lograr esa finalidad el legislador impuso a las entidades estatales la obligación de verificar, en los procesos de selección de contratistas y durante la ejecución y liquidación de los contratos, que tanto los oferentes como los contratistas hayan realizado los aportes al Sistema de Seguridad

⁸ Ley 789 de 2002: "Artículo 50. Control a la evasión de los recursos parafiscales. La celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar. Las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas.

En el evento en que no se hubieran realizado totalmente los aportes correspondientes, la Entidad pública deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuará el giro directo de dichos recursos a los correspondientes sistemas con prioridad a los regímenes de salud y pensiones, conforme lo define el reglamento.

Cuando la contratación se realice con personas jurídicas, se deberá acreditar el pago de los aportes de sus empleados, a los sistemas mencionados mediante certificación expedida por el revisor fiscal, cuando este exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o por el representante legal durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para que se hubiera constituido la sociedad, el cual en todo caso no será inferior a los seis (6) meses anteriores a la celebración del contrato. En el evento en que la sociedad no tenga más de seis (6) meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución.

Para la presentación de ofertas por parte de personas jurídicas será indispensable acreditar el requisito señalado anteriormente. El funcionario que no deje constancia de la verificación del cumplimiento de este requisito incurrirá en causal de mala conducta.

[...]"



Social Integral⁹. Por lo tanto, la jurisprudencia reiteró la necesidad de que las entidades estatales, *durante la ejecución de un contrato*, verifiquen el cumplimiento de las obligaciones del sistema de seguridad social por parte de los contratistas. De esta manera, el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, que modificó el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, incluye la obligación, para los proponentes y contratistas, de estar a paz y salvo con los aportes parafiscales al Sistema de Seguridad Social Integral, al señalar:

“Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

[...]

Parágrafo 1. El requisito establecido en la parte final del inciso segundo de este artículo deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del contrato estatal.

El servidor público que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se refiere el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente”.

Del artículo 23 de la Ley 1150 de 2007 se concluye que, si bien los proponentes y los contratistas deben estar al día en el pago al Sistema de Seguridad Social, la verificación de este requisito, por parte de las entidades estatales, se realizará como requisito para iniciar la ejecución de los contratos – inciso primero– y cuando realicen cada pago originado en el contrato estatal – parágrafo 1–, es decir, durante la ejecución del contrato. En estos términos, la obligación de estar al día en el pago al Sistema de Seguridad Social Integral es un requisito de ejecución de los contratos estatales. Sin embargo, ello no significa que no se solicite en momentos previos y posteriores a la celebración del contrato, teniendo en cuenta lo prescrito en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002.

De esta manera, integrando las diferentes disposiciones que regulan el deber de acreditar el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con el

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 8 de junio de 2011. Exp. 20001-23-31-000-2005-00409-01 (AP), C.P. Enrique Gil Botero.



Sistema de Seguridad Social Integral, en concreto, el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 y el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, es posible concluir que la acreditación de dicho requisito se realiza en diferentes momentos del proceso contractual, tal como se detalla a continuación:

i) *Para presentar la oferta los proponentes deben acreditar el pago de los aportes de sus empleados, mediante certificación expedida por el revisor fiscal, cuando este exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o por el representante legal, durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para el que se hubiera constituido la sociedad, el cual, en todo caso, no será inferior a los seis (6) meses anteriores a la celebración del contrato¹⁰. Si bien este certificado no es un requisito para perfeccionarlo ni para ejecutarlo, sí lo es para admitir la oferta en el procedimiento de selección. Cabe señalar que la acreditación en los términos indicados solo procede frente a las *personas jurídicas* –Ley 789 de 2002, art. 50, inciso 3º–.*

ii) *En el momento del perfeccionamiento del contrato estatal, se hace necesario que la entidad pública verifique que el sujeto con el cual contratará se encuentra a paz y salvo del pago de seguridad social. En este sentido, esta obligación legal no se constituye en un elemento de existencia del contrato estatal, puesto que el artículo 41 define que los requisitos de perfeccionamiento son el objeto, precio y solemnidad por escrito. Sin embargo, el legislador estableció que para la celebración del contrato debía acreditarse el cumplimiento de este requisito.*

iii) *El pago de los aportes de seguridad social es un requisito de ejecución del contrato, es decir, es un elemento sine qua non para que las partes puedan empezar a cumplir con las obligaciones contractuales, de acuerdo con el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007 –inciso primero–. Sin perjuicio de lo anterior, es posible que la entidad estatal, atendiendo a las circunstancias de cada caso, considere que los documentos mediante los cuales se acreditó el cumplimiento de este*

¹⁰ Respecto a la revisoría fiscal de las sociedades extranjeras con sucursal en Colombia, el artículo 472.6 del Código de Comercio dispone que la resolución o acto en que la sociedad acuerda establecer negocios permanentes en Colombia expresará “La designación del revisor fiscal, quien será persona natural con residencia permanente en Colombia”.

Por lo demás, el artículo el artículo 489 *ibidem* prescribe que “Los revisores fiscales de las sociedades domiciliadas en el exterior se sujetarán, en lo pertinente, a las disposiciones de este Código sobre los revisores fiscales de las sociedades domiciliadas en el país”. Además, agrega lo siguiente: “Estos revisores deberán, además, informar a la correspondiente Superintendencia cualquier irregularidad de las que puedan ser causales de suspensión o de revocación del permiso de funcionamiento de tales sociedades”.



requisito para la celebración del contrato también sean idóneos para entender que se encuentra acreditado para iniciar la ejecución, lo anterior atendiendo a principios como el de economía. Sin embargo, como se indicó, ello dependerá de cada caso, pues usualmente entre el momento del perfeccionamiento del contrato y el inicio de la ejecución no suelen pasar muchos días, por lo que dependiendo de cada caso se analizará si con los documentos presentados para suscribir el contrato puede entenderse cumplido el requisito para el momento de iniciar la ejecución.

iv) *Durante la ejecución del contrato*, la Entidad Estatal debe verificar el pago a los aportes a seguridad social, verificación que deberá efectuar para realizar cada pago originado en el contrato –parágrafo 1, art. 41 de la Ley 80 de 1993, modificado por el art. 23 de la Ley 1150 de 2007–.

v) Finalmente, en virtud del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, la entidad verificará, tanto para las personas naturales como para las jurídicas, la realización de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, al *momento de su liquidación*, y dejarán constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron cotizar.

A partir de las reglas mencionadas, se evidencia que estar al día en el pago de las obligaciones relacionadas con el Sistema de Seguridad Social Integral es un requisito cuya verificación debe realizarse en distintos momentos del proceso contractual, incluyendo la etapa precontractual. Por tanto, la Agencia infiere que la finalidad de las normas de la Ley 100 de 1993 y de otras normas complementarias, en desarrollo de las políticas públicas del Estado colombiano, es establecer un marco jurídico integral de seguridad social dentro del territorio nacional, cuyo cumplimiento también es obligatorio para las sociedades extranjeras con sucursal en Colombia.

Nada distinto podría colegirse de las normas que regulan un servicio público esencial e irrenunciable, que además de comprender obligaciones para el Estado y la sociedad, se compone de normas de orden público y de aplicación en el territorio nacional¹¹. En este contexto, las sociedades extranjeras con sucursal en

¹¹ Por ejemplo, el inciso primero del artículo 11 de la Ley 100 de 1993 dispone que “El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y



Colombia, interesadas en participar en procesos de contratación deberán acreditar el pago de los aportes de los empleados vinculados a la sucursal, mediante certificación expedida por el revisor fiscal, cuando este exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o por el representante legal, durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para el que se hubiera constituido la sociedad, el cual, en todo caso, no será inferior a los seis (6) meses anteriores a la celebración del contrato.

En relación con los proponentes plurales -consorcios y uniones temporales-, según lo anterior, puede afirmarse que cada uno de los miembros o integrantes del consorcio o de la unión temporal deberá acreditar encontrarse afiliado y al día en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, para lo cual deberá realizar la acreditación según su naturaleza jurídica.

Lo anterior toda vez que, el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 define los consorcios y las uniones temporales como un negocio jurídico de carácter privado con la finalidad de que dos o más personas naturales o jurídicas se asocien para la celebración, adjudicación y ejecución de un contrato estatal, sin personería jurídica, en donde sus miembros conservan su independencia jurídica. Por lo tanto, la verificación de los requisitos habilitantes por parte de la entidad estatal contratante debe efectuarse respecto de cada uno de los miembros del proponente plural.

Ahora bien, en cuanto al objeto específico de su consulta, de acuerdo con lo manifestado en el presente numeral, es necesario explicar que, las Asociaciones de Cabildos y Autoridades Tradicionales, los Cabildos y en general las organizaciones indígenas, en tanto personas jurídicas, en principio, deben cumplir con lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 50 de la Ley 789 de 2002. Esto considerando que ni esta, ni otra norma en particular, exceptúa a este tipo de personas jurídicas del cumplimiento del requisito allí previsto. Lo anterior supone que tales sujetos deban acreditar que se encuentran al día con los aportes

establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general". Por su parte, el artículo 153.1 *ibidem* prescribe que "El Sistema General de Seguridad Social en Salud cubre a todos los residentes en el país, en todas las etapas de la vida". Finalmente, el artículo 3 del Decreto Ley 1295 de 1994 dispone que "El Sistema General de Riesgos Profesionales, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, se aplica a todas las empresas que funcionen en el territorio nacional, y a los trabajadores, contratistas, subcontratistas, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y del sector privado en general". Sobre el principio de territorialidad de las normas que conforman el sistema de seguridad social integral, consúltese el Concepto del Ministerio de la Protección Social N° 302203 del 24 de septiembre de 2009.



parafiscales de que les correspondan, a efectos de cumplir con el requisito previsto en la parte final del segundo inciso del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, es necesario poner de presente que, los referidos aportes parafiscales que deben acreditarse son los que corresponde hacer a la respectiva persona jurídica respecto de sus “empleados”, esto es, respecto de las personas que tengan una relación laboral con la organización. En ese sentido, en el marco del cumplimiento del requisito previsto en el tercer inciso del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, no les resultaría exigible a las Asociaciones de Cabildos y Autoridades Tradicionales, ni a los Cabildos y ni a las organizaciones indígenas, acreditar aportes parafiscales respecto de personas con las que no tengan una relación laboral, como bien podría ser el caso de un representante legal vinculado mediante contratos de mandato o prestación de servicios.

Adicional a lo anterior, es importante señalar lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley 691 de 2001 “Mediante la cual se reglamenta la participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social”, establece lo siguiente:

“Artículo 5º. Vinculación. Los miembros de los Pueblos Indígenas participarán como afiliados al Régimen Subsidiado, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, excepto en los siguientes casos:

1. Que esté vinculado mediante contrato de trabajo.
2. Que sea servidor público.
3. Que goce de pensión de jubilación.

Las tradicionales y legítimas autoridades de cada Pueblo Indígena, elaborarán un censo y lo mantendrán actualizado, para efectos del otorgamiento de los subsidios. Estos censos deberán ser registrados y verificados por el ente territorial municipal donde tengan asentamiento los pueblos indígenas.

Parágrafo 1º. El Ministerio de Salud vinculará a toda la población indígena del país en el término establecido en el artículo 157 literal b, inciso segundo de la Ley 100 de 1993.

Parágrafo 2º. La unificación del POS-S al POS del régimen contributivo se efectuará en relación con la totalidad de los servicios de salud en todos los niveles de atención y acorde con las particularidades socioculturales y geográficas de los pueblos indígenas.”



En virtud de esta norma, debe concluirse que, por regla general, los miembros de los Pueblos Indígenas se encuentran afiliados al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, salvo en los tres supuestos indicados en el artículo 5 de la Ley 691 de 2001. En ese sentido, respecto de los representantes legales de las referidas personas jurídicas representativas de los pueblos indígenas, solo resultaría procedente acreditar aportes parafiscales conforme al inciso tercero del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, cuando estos tengan un vínculo laboral con dicha organización.

Con todo, es necesario aclarar que, el hecho de que el representante legal no sea un empleado de la organización indígena no releva a la misma de acreditar lo señalado en el tercer inciso del artículo 50 de la Ley 789 de 2002 respecto del resto de sus empleados. En el caso de que el Cabildo, Asociación de Cabildos o Autoridades Tradicionales u organización indígena no tenga ningún empleado, o no esté obligada a realizar ningún aporte parafiscal deberá acreditar ello a efectos de dar cumplimiento a la norma y poder ejecutar el contrato.

3. Respuesta

“[...] ¿Existe norma que al igual que lo relacionado anterior, permite la suscripción de contrato estatal obviando dicho requisito?, teniendo en cuenta que se trata de una comunidad que ostenta una condición especial en materia de salud? O ¿debe ceñirse al cumplimiento de los requisitos para tal efecto [...]”.

De acuerdo con lo expuesto, las Asociaciones de Cabildos y Autoridades Tradicionales, a los Cabildos y en general las organizaciones indígenas, en tanto personas jurídicas, deben cumplir con lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 50 de la Ley 789 de 2002. Esto considerando que ni esta, ni otra norma en particular, exceptúa a este tipo de personas jurídicas del cumplimiento del requisito allí previsto. Esto implica supone que tales personas jurídicas están llamadas a acreditar que se encuentran al día con los aportes parafiscales de que les correspondan, a efectos de cumplir con el requisito previsto en la parte final del segundo inciso del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

No obstante, los aportes parafiscales que deben acreditarse son los que corresponde realizar a estas personas jurídicas respecto de sus “empleados”, es decir, las personas que tengan vinculadas mediante una relación laboral. En ese orden, en el marco del cumplimiento del requisito previsto en el tercer inciso del



artículo 50 de la Ley 789 de 2002, no les resultaría exigible a las Asociaciones de Cabildos y Autoridades Tradicionales, ni a los Cabildos y ni a las organizaciones indígenas, acreditar aportes parafiscales respecto de personas con las que no tengan una relación laboral, como bien podría ser el caso de un representante legal vinculado. Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de que la respectiva persona jurídica no tenga ningún empleado o no esté obligada a realizar ningún aporte parafiscal deberá acreditar ello a efectos de dar cumplimiento al requisito establecido en la norma.

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

Atentamente,

Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

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

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

