

**NULIDAD ELECCION DE ALCALDE - Improcedencia. No se configuró inhabilidad con fundamento en desempeño como gobernador indígena / INHABILIDAD DE ALCALDE - Gobernador indígena. No se configura con fundamento en ejercicio de autoridad administrativa / AUTORIDAD ADMINISTRATIVA - Su ejercicio no se predica de desempeño como gobernador indígena. Marco legal / GOBERNADOR INDIGENA - Naturaleza del cargo. Inaplicación de régimen de inhabilidades**

Consiste en determinar si el señor Germán Bernardo Carlosama López se encontraba inhabilitado para ocupar el cargo de alcalde municipal, por haber desarrollado actividades propias del cargo de Gobernador del Cabildo Indígena “El Gran Mallama”, dentro del año anterior a su elección como Alcalde del Municipio de Mallama para el período 2004-2007, de acuerdo con las situaciones previstas en los numerales 2° y 3° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 y en los artículos 2° y 32 de la Ley 80 de 1993 y 83 de la Ley 715 de 2001. Se encuentra probado que el demandado, se desempeñó como gobernador del Cabildo Indígena “El Gran Mallama” durante los períodos que corrieron del 1° de enero al 31 de diciembre de 2002 y desde el 1° de enero hasta el 31 de diciembre de 2003. Asimismo, pudo acreditarse que el demandado se inscribió como candidato para la alcaldía del Municipio de Mallama por el Movimiento “Autoridades Indígenas de Colombia” el 5 de agosto de 2003, es decir, cuando todavía fungía como Gobernador del Cabildo Indígena “El Gran Mallama” y sin renunciar previamente a ésta calidad. También se probó que durante el tiempo que el señor Carlosama López fue Gobernador del mencionado Cabildo Indígena, adjudicó parcelas de terreno a algunos miembros de la comunidad. Igualmente, existe constancia en el proceso de que manejó recursos públicos en la medida en que adoptó decisiones sobre el presupuesto del Cabildo Indígena y que éste se beneficia de los ingresos corrientes de la Nación, en virtud de los artículos 82 y 83 de la Ley 715 de 2001. Pero, a pesar de que están acreditadas las situaciones de hecho indicadas por el demandante en respaldo de la inhabilidad del numeral 2° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, el desarrollo de las actividades descritas no inhabilitaba al demandado para acceder al cargo de alcalde municipal, porque la mencionada norma parte del supuesto de que quien dentro de los (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad política o administrativa en el respectivo municipio, o intervenido en la ejecución de recursos de inversión, sea empleado público, calidad que no puede predicarse de las autoridades que gobiernan los territorios indígenas. Es decir, la inhabilidad parte de la base de considerar que todas las actividades referidas deben desarrollarse por un sujeto cualificado que una autoridad indígena no puede ser. Las autoridades indígenas no son empleados públicos, porque no tienen funciones detalladas en la ley o reglamento, como lo exige el artículo 122 constitucional. Tampoco están dentro de los servidores públicos de que trata el artículo 123 ibídem, porque no son empleados o trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios. Siguiendo la perspectiva trazada por el Constituyente, la Ley 909 de 2004, también surge con claridad que quienes ejercen autoridad en una comunidad indígena no hacen parte de la función pública ni adquieren la calidad de empleado público. Y, si bien es cierto que la Constitución Política confiere identidad política a las comunidades indígenas, lo cierto es que no hacen parte de la estructura orgánica de la administración pública, puesto que su reconocimiento como entidades territoriales propiamente dichas está en suspenso hasta que se expida la ley de ordenamiento territorial. De ahí que no pueda extrapolarse a quienes gobiernan al interior de organizaciones indígenas, las exigencias, condiciones y requisitos de los empleos públicos previstos en la legislación nacional. Por lo tanto, los cargos del demandante carecen de respaldo jurídico.

**NULIDAD ELECCION DE ALCALDE - Improcedencia. Celebración de convenio como representante legal de cabildo indígena / INHABILIDAD DE ALCALDE - Excepción a la inhabilidad por celebración de convenio en nombre de cabildo indígena / CABILDO INDIGENA - Naturaleza jurídica / CELEBRACION DE CONTRATOS - Excepciones a la inhabilidad. Representante legal de cabildo indígena**

El demandante sostiene que el señor Germán Bernardo Carlosama López estaba incurso en la inhabilidad descrita, porque cuando fue Gobernador del Cabildo Indígena “El Gran Mallama” celebró el convenio suscrito el 29 de diciembre de 2002, con el objeto de “darle aplicación al Artículo 83 de la Ley 715 y a los Decretos 1809 de 1993 y 840 de 1995, en lo concerniente a la forma como se deberán invertir los recursos de la participación del Resguardo en los Ingresos Corrientes de la Nación”. Pues bien, la Sala considera que la celebración del referido convenio no inhabilitaba al demandado para aspirar a la alcaldía de Mallama, debido a que no lo suscribió en interés propio o de terceros, sino, en nombre de una “entidad pública especial” como lo es el cabildo indígena de conformidad con el artículo 2° del Decreto 2164 de 1995. La naturaleza de entidad pública especial que la ley otorgó a los cabildos indígenas indica con claridad que no se configura la inhabilidad que pretende endilgar el demandante con ocasión del convenio en referencia, porque para que ocurriera lo contrario el beneficiario del mismo tendría que haber sido el propio demandado o un tercero; pero en el caso bajo análisis el beneficiado por el convenio de 29 de diciembre de 2002 fue el cabildo indígena al que pertenece el demandado, que como se dijo es una entidad pública especial. Además, el mencionado convenio fue celebrado en cumplimiento del deber legal consignado en el artículo 83 de la Ley 715 de 2001. Es claro, entonces, que el cumplimiento de un deber legal, como cuando se celebra un convenio al abrigo de lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 715 de 2001 en armonía con el Decreto 1809 de 1993 artículo 2°, porque imperativamente así lo dispone la Ley, no puede ser objeto de reproche, sanción o inhabilidad para aspirar y acceder al ejercicio de cargos públicos.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION QUINTA**

**Consejera ponente: MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON**

**Bogotá D. C., veinte (20) de octubre de dos mil cinco (2005)**

**Radicación número: 52001-23-31-000-2003-01716-02(3772)**

**Actor: ALIRIO JESUS MORA ROSERO**

**Demandado: ALCALDE DEL MUNICIPIO DE MALLAMA**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de 19 de noviembre de 2004, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de

Nariño negó las pretensiones de la demanda electoral promovida contra el acto que declaró la elección del Alcalde de Mallama.

## I. ANTECEDENTES

### 1) La demanda

Mediante escrito presentado el 26 de noviembre de 2003 a la Oficina Judicial de Pasto con destino al Tribunal Administrativo de Nariño (fls. 2 a 40), el señor Alirio Jesús Mora Rosero, obrando a través de apoderada judicial, instauró demanda en ejercicio de la acción electoral contra el acto administrativo contenido en el formulario E-26 AG de 28 de octubre de 2003, que declaró elegido al señor Germán Bernardo Carlosama López como Alcalde del Municipio de Mallama para el período 2004-2007.

En consecuencia, la demanda apunta a que se declare la nulidad de dicho acto administrativo y que se cancele la credencial otorgada al demandado, que lo acredita como Alcalde del Municipio de Mallama. Las causales de anulación aducidas por el demandante consisten en el supuesto desconocimiento de las normas en que debió fundarse, la expedición irregular y la falsa motivación.

Adicionalmente, el demandante solicitó la suspensión provisional del acto acusado, alegando la infracción directa de los numerales 2 y 3 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, modificatorio del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, lo mismo que los artículos 2 y 32 de la Ley 80 de 1993 y 83 de la Ley 715 de 2001.

1.1. Las pretensiones de la demanda se fundamentan en los siguientes hechos:

a) El señor Germán Bernardo Carlosama López se desempeñó como Gobernador del Cabildo Indígena “El Gran Mallama” del 1° de enero al 1° de diciembre de 2002 y, luego, desde el 15 de diciembre de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2003.

b) Durante el ejercicio de tal dignidad, el señor Carlosama López realizó actividades administrativas y de manejo de recursos públicos, en tanto que:

- Creó rubros y reservas e hizo traslados y adiciones presupuestales en el presupuesto de gastos del mencionado Cabildo indígena, por medio de las

Resoluciones Nos. 001 de 25 de abril, 002 de 12 de mayo y 003 de 11 de junio de 2003.

- Recibió pagos por conceptos de transporte y gestión de proyectos del cabildo indígena, autorizados por él mismo a través de las Resoluciones Nos. 161 de 5 de junio, 17 y 20 de 25 de mayo, 16 de 17 de mayo, 19 de 14 de mayo, 17 de 7 de mayo, 18 de 2 de mayo y 001 de 2 de enero de 2003.

- Adjudicó parcelas de terreno a favor de los señores Leonel Antidio Rodríguez, Jairo Solarte, Gladis Ruby Sánchez, Juan Malte y Pedro Antonio Bonilla, todos ellos miembros de la comunidad indígena.

- Intervino en la celebración de un convenio con el Municipio de Mallama por \$155.272.361 el 29 de diciembre de 2002, cuyo objeto era la inversión de los recursos de participación del Cabildo indígena y de los ingresos corrientes de la Nación.

c) El 5 de agosto de 2003, el demandado se inscribió como candidato a la Alcaldía del Municipio de Mallama para el período 2004-2007, mediante formulario E-6AG.

d) Como resultado de la jornada electoral llevada a cabo el 26 de octubre de 2003, el día 28 de los mismos mes y año el señor Carlosama López fue declarado por la Comisión Escrutadora Municipal como Alcalde del Municipio de Mallama para el período 2004-2007.

1.2. A juicio del demandante, el acto de elección viola, por falta de aplicación, los numerales 2 y 3 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, modificatorio del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, lo mismo que los artículos 2 y 32 de la Ley 80 de 1993 y 83 de la Ley 715 de 2001, puesto que el demandado intervino como ordenador del gasto dentro de los doce meses anteriores a la elección como Alcalde de Mallama, al desarrollar las actividades administrativas previamente descritas en calidad de Gobernador del mismo Cabildo indígena.

## **2) Actuaciones procesales anteriores al fallo apelado**

2.1. El magistrado ponente del asunto en primera instancia, por medio de auto de 9 de diciembre de 2003 (fls. 120 a 122), admitió la demanda y se abstuvo de

decretar la suspensión provisional solicitada por el actor. Sobre éste último aspecto, consideró que no había lugar a acceder a tal medida precauteladora, por cuanto el debate iniciado era el espacio natural para la decantación jurídica y la consolidación probatoria del problema planteado.

2.2. Posteriormente, profirió el auto de 20 de abril de 2004 (fl. 152 cdno. 2), para ordenar la notificación personal del auto admisorio al demandado.

2.3. El demandante interpuso recurso de apelación contra el auto de 9 de diciembre de 2003 (fls. 126 a 129), para insistir ante el superior en la suspensión provisional del acto demandado.

2.4. La Sección Quinta de esta Corporación, por medio de auto de 13 de mayo de 2004 (fls. 149 a 158), modificó el auto apelado que se abstuvo de decretar la suspensión provisional del acto acusado, en el sentido de denegar la medida solicitada, porque el demandante aportó en copia simple los documentos con los que pretendía comprobar la supuesta infracción manifiesta de normas por parte del acto administrativo demandado.

## **2.5. Intervención de la Registraduría Nacional del Estado Civil**

Los Delegados de la Registradora en el Departamento de Nariño contestaron la demanda (fls. 131 a 132), manifestando para el efecto que, de probarse los cargos endilgados por el actor, sería factible acceder a las pretensiones de la demanda.

## **2.6. Intervención del demandado**

El apoderado del señor Germán Bernardo Carlosama López contestó la demanda (fls. 154 a 178 cdno. 2), argumentando como razones de la defensa que los gobernadores de los Cabildos indígenas no son ordenadores del gasto ni tampoco tienen la calidad de servidores públicos.

Lo primero, por cuanto el artículo 83 de la Ley 715 de 2001 señala que la administración y distribución de los recursos de los Cabildos indígenas corresponde al municipio al que pertenezca y, además, porque los artículos 3°, 5° y 7° del Decreto 1386 de 1994, establece que los contratos de administración de recursos que suscriben las autoridades indígenas, únicamente contemplan los

proyectos prioritarios, el monto y el tiempo de ejecución, con la asistencia técnica de los órganos de planeación distrital o municipal.

Lo segundo, con fundamento en lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia T-723 de 2003 y por la Sala de Consulta del Consejo de Estado en concepto No. 1297 de 14 de diciembre de 2002, cuyas tesis principales transcribió en el escrito.

Adicionalmente, aseguró que la inhabilidad descrita en el numeral tercero del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 no se aplica en tratándose de contratos celebrados en representación de entidades públicas.

Todos estos planteamientos sirvieron de fundamento a las excepciones formuladas por el apoderado del demandado, que denominó: 1) “Inexistencia de fundamentos legales para solicitar la nulidad de la elección. No condición de empleados ni de servidores públicos de los gobernadores de los cabildos indígenas”; 2) “Excepción por la naturaleza especial de los convenios de administración de recursos entre los alcaldes municipales y los gobernadores de cabildos indígenas, no generan inhabilidades para estos últimos”; y 3) “Ineptitud sustancial de la demanda por falta de violación de las disposiciones citadas”.

2.7. El proceso se abrió a pruebas mediante auto de 16 de junio de 2004 (fl. 165) y, posteriormente, se corrió traslado a las partes para alegar, con el auto de 20 de septiembre de 2004 (fl. 308).

2.8. Tanto el demandante como el demandado reiteraron en los escritos de alegatos los argumentos de la demanda y de la contestación, respectivamente.

### **3) El fallo apelado**

El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante sentencia proferida el 19 de noviembre de 2004 (fls. 327 a 341), negó las pretensiones de la demanda.

Para arribar a esta decisión, partió por indicar que la causal de nulidad del acto demandado encuadraba en la señalada por el numeral quinto del artículo 223 del C.C.A., según la cual “Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas... 5. Cuando se computen votos a favor de

candidatos que no reúnen las calidades constitucionales o legales para ser electos” y, resaltó que el demandante consideraba que el demandado no reunía tales calidades por encontrarse incurso en la inhabilidad descrita en los numerales 2° y 3° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

Seguidamente, concluyó que el acto administrativo contenido en el formulario E-26 AG, mediante el cual se declaró elegido al señor Germán Bernardo Carlosama López como Alcalde del Municipio de Mallama para el período 2004-2007, no debía ser anulado por las siguientes razones:

a) El convenio celebrado por el demandado en calidad de Gobernador del Cabildo Indígena “El Gran Mallama” no lo inhabilitaba para aspirar a la Alcaldía del mismo municipio, porque el artículo 25 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 25 del Decreto 2680 de 1993 establecen que obligatoriamente las transferencias del Gobierno Nacional a los territorios indígenas requieren de un convenio previo con la entidad territorial en donde se encuentren. De ahí que -continuó- fuera aplicable al caso concreto la excepción prevista en el artículo 10° de la Ley 80 de 1993, en tanto que el convenio fue suscrito “en procura del desarrollo de los proyectos de la comunidad y de los fines del Estado.” (fl. 337).

b) Por esos mismos motivos, consideró que no le inhabilitaban las sumas percibidas por el demandado por concepto de viáticos cuando fue gobernador del Cabildo indígena.

c) La adjudicación de parcelas -que también respaldaba los cargos del demandante- fue una actuación desarrollada en virtud de los artículos 63 y 329 de la Constitución Política, disposiciones de las que derivó que: “Son precisamente las autoridades indígenas las encargadas de la parcelación y entrega del territorio de los Cabildos, pero no a título de cesión de la propiedad, ni en razón de su libre disposición, o porque legítimamente pueda increparse que ejercen autoridad civil, política o administrativa, por cuanto esos conceptos no pueden ser aplicados a particulares, que lo son, sino porque forma parte de sus funciones...” (fl. 337).

Finalmente, resaltó que los documentos aportados por el demandante al expediente para respaldar los cargos endilgados no podían ser válidamente considerados como pruebas de conformidad con el artículo 254 del C.P.C., porque fueron adjuntados en copia simple.

#### **4) El recurso de apelación**

El demandante apeló la sentencia de primera instancia (fls. 343 a 348), para lo cual reiteró los argumentos de la demanda. Adicionalmente, en relación con las pruebas aportadas en copia simple, manifestó que debieron ser tenidos en cuenta por el a quo, en razón a que de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 446 de 1998, los documentos privados se reputan auténticos y, según el artículo 252 del C.P.C., los elementos probatorios arrimados al expediente son válidos mientras no sean tachados de falsos.

#### **5) Trámite de la apelación**

5.1. El recurso de apelación interpuesto por el demandante fue admitido por el Despacho de la Consejera Ponente, por medio de auto de 18 de marzo de 2005 (fls. 358 a 359).

5.2. Ni las partes ni el Ministerio Público intervinieron en segunda instancia, pese a haberseles corrido traslado del proceso.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1) Competencia**

La competencia de esta Corporación para conocer de esta acción electoral está fijada por lo dispuesto en el artículo 129 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998, artículo 37; al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 del 5 de Agosto de 2003 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

### **2) El problema jurídico**

Consiste en determinar si el señor Germán Bernardo Carlosama López se encontraba inhabilitado para ocupar el cargo de alcalde municipal, por haber desarrollado actividades propias del cargo de Gobernador del Cabildo Indígena “El Gran Mallama” (creación de rubros y reservas presupuestales, traslados y adiciones presupuestales, celebración de convenio con el Municipio de Mallama para recibir las partidas correspondientes a los ingresos corrientes de la Nación,



recepción de pagos por concepto de transporte y gestión de proyectos en nombre del Cabildo, y adjudicación de parcelas a miembros de la comunidad indígena) dentro del año anterior a su elección como Alcalde del Municipio de Mallama para el período 2004-2007, de acuerdo con las situaciones previstas en los numerales 2° y 3° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 y en los artículos 2° y 32 de la Ley 80 de 1993 y 83 de la Ley 715 de 2001.

La Sala estudiará el concepto de la violación solo respecto de las normas que adujo el actor en la demanda, previa presentación del marco constitucional y legal que regula la conformación de las comunidades indígenas colombianas, para efectos de conocer el alcance de la autonomía que pregonan la Constitución Política al respecto.

### **3) Marco constitucional y legal que regula la conformación de las comunidades indígenas en Colombia**

El artículo 7° de la Constitución Política consagra el reconocimiento y la protección por parte del Estado, de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Siguiendo esta perspectiva, los artículos 8° y 10° de la Carta protegen las riquezas culturales de la Nación y las lenguas y dialectos de los grupos étnicos del país.

En consonancia con tales principios, el inciso segundo del artículo 70 pregonan que: “La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad”, mientras que el artículo 72 apunta a la protección del patrimonio cultural de la Nación por parte del Estado.

Dentro del mismo ámbito de autonomía, el artículo 246 constitucional habilita a las autoridades de los pueblos indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, según sus propias normas y procedimientos.

Igualmente, el artículo 286 incluye a los territorios indígenas dentro de las entidades territoriales, mientras que el artículo 329 previene que su conformación “se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial”. Por su parte, el artículo 330 establece la autonomía de los territorios indígenas para gobernarse por consejos conformados según sus usos y costumbres, al tiempo que señala las funciones que deberán ejercer sus autoridades, una vez sea expedida dicha ley.

En cuanto a la legislación existente en el ordenamiento jurídico colombiano en relación con los indígenas, la Ley 21 de 1991 “Por la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la O.I.T.”, compendia un articulado tendiente a promover “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.” (artículo 2º, numeral segundo, literal b).

Particularmente, en relación con las instituciones que gobiernan los territorios indígenas, el artículo 3º de la Ley 89 de 1890<sup>1</sup> establecía desde antaño que:

**“En todos los lugares en que se encuentre establecida una parcialidad de indígenas habrá un pequeño Cabildo nombrado por éstos según sus costumbres.** El período de duración de dicho Cabildo será de un año, de 1 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. (...)” (Resalta la Sala).

Una disposición más reciente contenida en el artículo 2º del Decreto 2164 de 1995, define las autoridades tradicionales indígenas como “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.” (Negrillas adicionales).

El mismo artículo, define el cabildo indígena como “una **entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización sociopolítica 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.”. (Resalta la Sala).

Concordante con tales orientaciones, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la autodeterminación de las comunidades indígenas, así:

---

<sup>1</sup> A pesar de su antigüedad, esta normatividad no ha sido derogada.

“...las comunidades indígenas son verdaderas organizaciones privadas, sujetos de derechos y obligaciones que, **por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que las integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer control social.** (...)”

“(...)”

“De conformidad con lo establecido en el artículo 330 de la Constitución, además de la autonomía administrativa, presupuestal y financiera de que gozan las comunidades indígenas dentro de sus territorios, **también se le reconoce la autonomía política, lo que se traduce en la elección de sus propias autoridades,** la cual debe ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por el mismo texto constitucional, es decir, de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley, de forma que se asegure la unidad nacional.”<sup>2</sup>

Es así como el régimen constitucional, en lo que atañe a las comunidades indígenas, apunta a garantizar la protección especial de su diversidad étnica y cultural, del espacio geográfico donde se encuentren asentadas y los recursos naturales que lo integren, de las formas de propiedad que reconozcan, al igual que de las formas propias de gobierno arraigadas según sus creencias.<sup>3</sup>

En cuanto a la autonomía política reconocida a las comunidades indígenas, ésta se traduce en la conformación y designación de autoridades propias exclusivamente designadas por los miembros de la organización, al margen del procedimiento electoral que precede la elección de las personas que desempeñan cargos de elección popular y, desde luego, por fuera de la estructura orgánica de la administración pública.

Así será hasta el momento en que se expida la ley de ordenamiento territorial que conforme a las comunidades indígenas como verdaderas entidades territoriales indígenas gobernadas por un consejo. Por ahora, la forma típica de organización de los indígenas es el cabildo, las autoridades que gobiernan al interior de ellos son las que designen sus miembros a conveniencia y las funciones que cumplen son igualmente las que les asignen quienes hagan parte del cabildo.

### **3) Los cargos de nulidad que endilga el actor respecto del Acta E-26 AG que declaró la elección del demandado como Alcalde de Mallama (Nariño)**

Como se precisó anteriormente, las normas que el demandante considera desconocidas en el acto que declaró al señor Carlosama López Alcalde del

---

<sup>2</sup> Sentencia T-603 de 2005.

<sup>3</sup> Al respecto: Corte Constitucional. Sentencia C-027 de 1993.

Municipio de Mallama, son (i) los numerales 2° y 3° de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, (ii) los artículos 2° y 32° de la Ley 80 de 1993 y (iii) el artículo 83 de la Ley 715 de 2001.

### **3.1) El cargo de nulidad por la inhabilidad prevista en el numeral 2° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000**

La mencionada norma dispone lo siguiente:

“Artículo 37. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

“No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

“(…)

“2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.”.

Con base en las situaciones que describe la disposición trascrita, el demandante sostiene que el señor Carlos Bernardo Carlosama López no podía ser elegido Alcalde del Municipio de Mallama porque cuando fue Gobernador del Cabildo Indígena “El Gran Mallama”, dentro de los 12 meses anteriores a aquella elección:

-ejerció **autoridad administrativa** al adjudicar parcelas de terreno a miembros de la comunidad indígena,

-intervino como **ordenador del gasto** en la ejecución de recursos de inversión, puesto que creó rubros, reservas, hizo adiciones y traslados presupuestales con cargo al presupuesto de gastos del Cabildo indígena, que está integrado por recursos públicos provenientes de los ingresos corrientes de la Nación, de conformidad con el artículo 82 de la Ley 715 de 2001. También, porque el Cabildo reconoció sumas a su favor por concepto de comisiones y gastos de gestión en nombre de la comunidad.

Pues bien, se encuentra probado que el señor Germán Bernardo Carlosama López se desempeñó como Gobernador del Cabildo Indígena “El Gran Mallama” durante los períodos que corrieron del 1° de enero al 31 de diciembre de 2002 y

desde el 1° de enero hasta el 31 de diciembre de 2003; de ello dan fe en el proceso las actas de posesión aportadas por la Secretaría del Cabildo, que obran a folios 302 y 303, respectivamente.

Asimismo, pudo acreditarse que el demandado se inscribió como candidato para la Alcaldía del Municipio de Mallama por el Movimiento “Autoridades Indígenas de Colombia” el 5 de agosto de 2003 (fl. 171), es decir, cuando todavía fungía como Gobernador del Cabildo Indígena “El Gran Mallama” y sin renunciar previamente a ésta calidad.

También se probó que durante el tiempo que el señor Carlosama López fue Gobernador del mencionado Cabildo Indígena, adjudicó parcelas de terreno a algunos miembros de la comunidad, a saber: señores Pedro Antonio Portilla Rosero (Resolución sin número de 10 de mayo de 2003, fl. 197), Leonel Antidio Rodríguez (Resolución sin número de 17 de julio de 2003, fl. 212) y Juan Malte (Resolución sin número de 29 de julio de 2003, fl. 205).

Igualmente, existe constancia en el proceso de que manejó recursos públicos en la medida en que adoptó decisiones sobre el presupuesto del Cabildo Indígena y que éste se beneficia de los ingresos corrientes de la Nación, en virtud de los artículos 82 y 83 de la Ley 715 de 2001<sup>4</sup>. Fue así como expidió las Resoluciones No. 001 de 25 de abril de 2003 (fls. 227 a 229), a través de la cual creó un rubro y adicionó una suma al presupuesto de la vigencia fiscal 2003; 002 de 12 de mayo de 2003 (fls. 224 a 226), que creó otro rubro para la vigencia fiscal 2003 y trasladó unos recursos; 003 de 5 de junio de 2003 (fls. 221 a 223), por medio de la cual canceló una reserva presupuestal de la vigencia fiscal 2001; y, 004 de 11 de junio de 2003 (fls. 218 a 220) que creó rubros para la vigencia fiscal 2003.

Existe, además, prueba de que el Municipio de Mallama reconoció a favor del demandado las sumas invertidas para gastos de transporte y gestión de proyectos del Cabildo Indígena (Resolución No. 161 de 5 de junio de 2003, fl. 288), en razón a las veces que fue enviado en comisión oficial a diferentes municipios del país, principalmente a Pasto (resoluciones que obran entre folios 283 y 300, salvo el folio 288).

---

<sup>4</sup> El inciso primero del artículo 82 señala que: “*En tanto no sean constituidas las entidades territoriales indígenas, serán beneficiarios del Sistema General de Participaciones los resguardos indígenas legalmente constituidos...*”. Mientras que el artículo 83, en lo pertinente, reza: “*Los recursos asignados a los resguardos indígenas, serán administrados por el municipio en el que se encuentra el resguardo indígena...*”.

Pero, a pesar de que están acreditadas las situaciones de hecho indicadas por el demandante en respaldo de la inhabilidad del numeral 2° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, el desarrollo de las actividades descritas no inhabilitaba al demandado para acceder al cargo de alcalde municipal, porque la mencionada norma parte del supuesto de que quien dentro de los (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad política o administrativa en el respectivo municipio, o intervenido en la ejecución de recursos de inversión, sea empleado público, calidad que no puede predicarse de las autoridades que gobiernan los territorios indígenas; es decir, la inhabilidad parte de la base de considerar que todas las actividades referidas deben desarrollarse por un sujeto cualificado que una autoridad indígena no puede ser. Veamos por qué.

a) Como se precisó en el acápite anterior, la Constitución Política y la ley otorgan a los indígenas un amplio margen de autodeterminación política y jurisdiccional, en procura del fortalecimiento y respeto de la identidad cultural de los pueblos que conforman. Es por esto que se les ha permitido diseñar su propia estructura de gobierno a partir de los usos y costumbres de las comunidades.

En consonancia con tal premisa, la misma Constitución Política y la ley excluyen de la estructura orgánica de la administración pública a quienes desempeñan funciones en las comunidades indígenas. Así se desprende de los elementos constitutivos y las características esenciales del empleo público, contenidos en los artículos 122 y siguientes de la Carta:

“Artículo 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

“(…)

“Artículo 123.- Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

“Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

“(…)

“Artículo 125.- Los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. (...)”.

De las disposiciones transcritas deviene que las autoridades indígenas no son empleados públicos, porque no tienen funciones detalladas en la ley o reglamento, como lo exige el artículo 122 constitucional; por el contrario, desarrollan las funciones que la comunidad acuerde en asignarles, dentro de los parámetros señalados por la Constitución Política.

Tampoco están dentro de los servidores públicos de que trata el artículo 123 ibídem, porque no son empleados o trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios.

De igual forma, escapan a las modalidades de empleo público, toda vez que no acceden al cargo de autoridad indígena por medio del régimen de carrera administrativa, ni por libre nombramiento y remoción que disponga un funcionario público nominador, ni a través del sistema electoral general, sino que son escogidos por el consenso de los miembros de la comunidad a la que pertenecen, aplicando su propio sistema electoral.

b) Siguiendo la perspectiva trazada por el Constituyente, la Ley 909 de 2004<sup>5</sup> señala en el artículo 1° que: **“Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. (...)”** (Resalta la Sala).

El mismo artículo indica cuáles empleos públicos hacen parte de la función pública, a saber: “a) Empleos públicos de carrera; b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción; c) Empleos de período fijo; d) Empleos temporales.”.

Con base en lo anterior, también surge con claridad que quienes ejercen autoridad en una comunidad indígena no hacen parte de la función pública ni adquieren la calidad de empleado público, habida cuenta que la actividad que desempeñan no es remunerada, así como tampoco se encuentran vinculados legal o

---

<sup>5</sup> “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”.

reglamentariamente a la planta de personal de un organismo o entidad de la administración pública.

c) La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado también apoya la premisa esbozada en el sentido de que las personas que fungen como autoridades indígenas no son empleados públicos. El Alto Tribunal Constitucional define los servidores públicos (noción que comprende al empleado público) como “las personas naturales, vinculadas mediante una relación de servicio -con o sin subordinación laboral-, que desarrollan las funciones públicas que corresponden a las competencias de las ramas del poder público y de los órganos que las integran y de los que gozan de autonomía.”<sup>6</sup>.

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ha conceptualizado que: “Los empleados públicos ingresan al servicio mediante nombramiento, su vinculación es legal y reglamentaria, el ejercicio de la función está precedido de la posesión del cargo y, por regla general, el régimen de ingreso, de permanencia, ascenso y retiro es la carrera administrativa.”<sup>7</sup>.

La Sección Segunda del Consejo de Estado ha abordado la noción de empleado público en atención al tipo de actividad del cargo<sup>8</sup>, a la clase de vinculación<sup>9</sup> y a la naturaleza de la entidad u organismo público en cuya planta de personal se encuentra el empleo<sup>10</sup>.

Se observa, entonces, que ninguno de los elementos propios de la noción de empleado público identificados por la jurisprudencia constitucional y administrativa se predica de una autoridad indígena, en tanto que no están vinculadas mediante una relación de servicio ni desarrollan funciones públicas que correspondan a las ramas del poder público ni se trata de un cargo que haga parte de la planta de personal de una entidad u organismo público.

Así lo consideró la Sala de Consulta y Servicio Civil con ocasión de una consulta elevada por el Ministerio del Interior en relación con la aspiración de las autoridades indígenas a cargos de elección popular:

---

<sup>6</sup> Sentencia C-230 de 1995.

<sup>7</sup> Concepto No. 991 de 20 de agosto de 1997.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda. Exp. 13099, sentencia de 14 de mayo de 1998.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda. Exp. 17167, auto de 16 de octubre de 1997.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda. Exp. 14275, sentencia de 16 de marzo de 2000.



**“...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.

“(...)

“De esta manera, los conceptos de autoridad civil, política y dirección administrativa previstos en los artículos 188, 189 y 190 de la ley 136 de 1994, tampoco son predicables de los gobernadores indígenas y demás miembros del Cabildo, quienes no son ‘empleados oficiales’, ni desempeñan cargo alguno de los aludidos. (...)”.<sup>11</sup> (Negrillas de la Sala).

La Sala considera, en consecuencia, que el gobernador de un cabildo indígena no tiene la calidad de empleado público; antes bien, es la autoridad de una organización atípica que desarrolla una actividad comunitaria según sus propios usos y costumbres.

Y, si bien es cierto que la Constitución Política confiere identidad política a las comunidades indígenas, lo cierto es que no hacen parte de la estructura orgánica de la administración pública, puesto que su reconocimiento como entidades territoriales propiamente dichas está en suspenso hasta que se expida la ley de ordenamiento territorial<sup>12</sup>. De ahí que no pueda extrapolarse a quienes gobiernan al interior de organizaciones indígenas, las exigencias, condiciones y requisitos de los empleos públicos previstos en la legislación nacional.

Por lo tanto, los cargos del demandante relacionados con la supuesta actuación del demandado como ordenador del gasto al manejar el presupuesto del resguardo indígena, y como autoridad administrativa al adjudicar parcelas a miembros de la comunidad, carecen de respaldo jurídico, porque tales conductas se predicen de quien tiene la calidad de empleado público, la que no adquirió el señor Germán Bernardo Carlosama López por haber sido Gobernador del Cabildo Indígena “El Gran Mallama”.

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 1297 de 14 de diciembre de 2000.

<sup>12</sup> Además del artículo 329 de la C.N., la misma sujeción legal está prevista en los artículos 82 y 83 de la Ley 715 de 2001.

### 3.2) El cargo de nulidad por la inhabilidad prevista en el numeral 3° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000

La norma citada consagra la siguiente inhabilidad:

“Artículo 37. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

“No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

“(…)

**“3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.** Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.”.

El demandante sostiene que el señor Germán Bernardo Carlosama López estaba incurso en la inhabilidad descrita, porque cuando fue Gobernador del Cabildo Indígena “El Gran Mallama” celebró un convenio con el Municipio de Mallama.

El convenio al que hace referencia el demandante es el suscrito el 29 de diciembre de 2002, con el objeto de “darle aplicación al Artículo 83 de la Ley 715 y a los Decretos 1809 de 1.993 y 840 de 1.995, en lo concerniente a la forma como se deberán invertir los recursos de la participación del Resguardo en los Ingresos Corrientes de la Nación” (fls. 187 a 188).

Pues bien, la Sala considera que la celebración del referido convenio no inhabilitaba al demandado para aspirar a la Alcaldía de Mallama, debido a que no lo suscribió en interés propio o de terceros, sino, en nombre de una “entidad pública especial” como lo es el cabildo indígena de conformidad con el artículo 2° del Decreto 2164 de 1995.

La naturaleza de entidad pública especial que la ley otorgó a los cabildos indígenas indica con claridad que no se configura la inhabilidad que pretende endilgar el demandante con ocasión del convenio en referencia, porque para que ocurriera lo contrario el beneficiario del mismo tendría que haber sido el propio demandado o un tercero; pero en el caso bajo análisis el beneficiado por el

convenio de 29 de diciembre de 2002 fue el cabildo indígena al que pertenece el demandado, que como se dijo es una entidad pública especial.

Además, el mencionado convenio fue celebrado en cumplimiento del deber legal consignado en el artículo 83 de la Ley 715 de 2001, que en lo pertinente señala:

“Artículo 83.- (...) Los recursos asignados a los resguardos indígenas, serán administrados por el municipio en el que se encuentra el resguardo indígena. Cuando este quede en jurisdicción de varios municipios, los recursos serán girados a cada uno de los municipios en proporción a la población indígena que comprenda. Sin embargo deberán manejarse en cuentas separadas a las propias de las entidades territoriales y **para su ejecución deberá celebrarse un contrato entre la entidad territorial y las autoridades del resguardo**, antes del 31 de diciembre de cada año, en la que se determine el uso de los recursos en el año siguiente. (...).

“Cuando los resguardos indígenas se erijan como Entidades Territoriales Indígenas, sus autoridades recibirán y administrarán directamente la transferencia. (...)”. (Negrillas fuera de texto).

Además, la capacidad de contratación, que por regla general se presume en todas las personas y que los habilita para celebrar todo tipo de contratos, privados o estatales, encuentra una excepción cuando pasa al campo del ejercicio del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, puesto que si el particular, actuando para sí o en representación de un tercero, persona natural o jurídica de naturaleza privada, decide aspirar a cargos o corporaciones públicas de elección popular, debe abstenerse, dentro del año anterior a la elección, de intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas para ser ejecutados en la jurisdicción de la entidad territorial donde quiera materializar sus aspiraciones políticas, porque de hacerlo llevaría sobre sí la causal de inhabilidad respectiva.

Sin embargo, la excepción al principio de la libertad de contratación que los particulares puedan tener cuando actuando para sí o en representación de personas naturales o jurídicas de derecho privado, así como la excepción al principio de la capacidad electoral, por cuya virtud el contratista del Estado estaría inhabilitado para candidatizarse allí donde tiene influjo la ejecución del contrato, tiene a su vez otra excepción, es decir la excepción a la excepción que sufren esos principios está dada cuando el particular concurre a la celebración de un contrato estatal en estricto cumplimiento de un deber legal, puesto que bajo estas

circunstancias el imperativo legal que lo mueve determina su intervención en el contrato y de paso lo exonera de la configuración de la inhabilidad estudiada.

Este deber legal, que viene a constituirse en la excepción a la excepción, se presenta cuando una norma de manera específica directamente impone al particular la celebración de un contrato estatal explícitamente determinado, lo cual justifica su obligatoria celebración por aquél, explicado además por los especiales intereses generales en juego. Este tipo de deberes se caracterizan por tener un componente objetivo, consistente en la consagración legal del deber de celebrar un contrato estatal determinado, y por incorporar, además, un ingrediente valorativo, referido a la teleología del mismo, que debe estar siempre orientada por la satisfacción de intereses generales muy especiales, con entidad suficiente para justificar la eximente de inhabilidad electoral.

El acatamiento de la Constitución y la Ley, para solo mencionar una parte del abanico de normas jurídicas existentes, cuando de ello se sigue la celebración de un contrato en concreto, nunca ha sido objeto de reproche por el constituyente ni por el legislador, carecería de toda lógica pensar que el cumplimiento de esos mandatos aparejara algún tipo de sanción y menos que diezmara a la persona humana su capacidad electoral o su derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, candidatizándose a cargos o corporaciones públicas de elección popular. Un rápido vistazo al ordenamiento jurídico pone en evidencia la inmunidad con que se rodea a todo aquel que sencillamente se aviene al cumplimiento de sus deberes legales.

En el Decreto Ley 100 de 1980 (Código Penal), en su artículo 29 numeral 1º se contemplaba como una causal de justificación del hecho punible haberlo realizado “En estricto cumplimiento de un deber legal”. Con la expedición del Código Penal consagrado a través de la Ley 599 de 2000, en su artículo 32 numeral 3º, el estricto cumplimiento de un deber legal siguió revistiendo causal de justificación del hecho.

En la Ley 80 de 1993, en su artículo 10 se dispone que “No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal...”.

En la Ley 200 de 1995, en su artículo 23 numeral 2º, se prescribe que la conducta se justifica cuando se comete “En estricto cumplimiento de un deber legal”; esta eximente se conservó con la expedición del nuevo Código Disciplinario Unico a través de la Ley 734 de 2002, en su artículo 28 numeral 2º.

Es claro, entonces, que el cumplimiento de un deber legal, como cuando se celebra un convenio al abrigo de lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 715 de 2001 en armonía con el Decreto 1809 de 1993 artículo 2º, porque imperativamente así lo dispone la Ley, no puede ser objeto de reproche, sanción o inhabilidad para aspirar y acceder al ejercicio de cargos públicos.

De otra parte, las Leyes, que son el fruto del trabajo de la Rama Legislativa, incorporan un valor superior previsto en el artículo 133 de la Carta Fundamental por cuya virtud “Los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, **y deberán actuar consultando la justicia y el bien común**”, por manera que toda ley se presume conforme con el ordenamiento constitucional y por lo mismo acorde con el interés general, dado que en el Estado Social de Derecho Colombiano la prevalencia de ese capital interés irradia toda la actividad del Estado, incluido el Congreso de la República.

Ahora, si los representantes de los cabildos indígenas acuden a cumplir la ley, que con carácter imperativo los obliga a celebrar un convenio, no puede sostenerse que su actuación está guiada por un interés propio o de terceros, puesto que allí hay un fuerte interés general, tanto que el propio legislador entró a regular la materia con normas imperativas que someten la voluntad del particular que gerencia una entidad pública especial como es el Cabildo Indígena. Además, la Sala Plena de esta Corporación, en sentencia S-085 del 8 de octubre de 2002, sostuvo que el cumplimiento de un deber legal no genera inhabilidad, postulado que fue recientemente refrendado por esta Sección en sentencia calendada el 24 de agosto de 2005 expediente 3171, siendo demandado el Gobernador del Departamento de Nariño.

El convenio de 29 de diciembre de 2002 fue, entonces, suscrito por mandato expreso de la ley, ya que así lo ordena el artículo 83 de la Ley 715 de 2001, circunstancia esta que se constituye en el elemento objetivo del deber legal concreto y que desdibuja para el caso en estudio la inhabilidad que el demandante pretende endilgar al demandado, en tanto que la excepción de las inhabilidades e

incompatibilidades para contratar contemplada por el artículo 10° de la Ley 80 de 1993<sup>13</sup> es también aplicable en tratándose de inhabilidades e incompatibilidades para acceder a cargos de elección popular, según lo precisó la Corte Constitucional.<sup>14</sup> Además, el componente valorativo del deber legal concreto, referido a la necesidad de satisfacer los más caros intereses generales, se materializa en este caso en la necesidad de que los recursos económicos asignados a los resguardos indígenas, provenientes del sistema general de participaciones, puedan ser ejecutados con la directa participación de las autoridades del resguardo.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado también consideró que el convenio que celebran las autoridades indígenas con los municipios donde se encuentra la comunidad para recibir los ingresos del Sistema General de Participaciones, no generaba inhabilidad para acceder a un cargo de elección popular:

“...el convenio marco celebrado por el gobernador indígena, que tiene la connotación de ‘programa de inversión y perfil de proyecto’ está sujeto a un procedimiento especial y se sustrae por completo de las reglas de la ley 80 de 1993, la cual sólo se aplica al contrato que suscriba la autoridad territorial respectiva para invertir los recursos, a cuyo cargo está la ejecución presupuestal como ordenadora del gasto.

**“En estas condiciones, el convenio suscrito por el gobernador indígena en desarrollo de los preceptos del decreto 1386 de 1994, (normatividad derogada por la Ley 715 de 2001) no lo hace incurso en las inhabilidades previstas en los artículos 179.3 y 18 transitorio de la Constitución, 43, numeral 4° de la ley 136 de 1994 y 95 de la ley 136 de 1994, referentes a la celebración de contratos con entidades públicas o gestión de asuntos ante ellas, por aspirantes a ser elegidos congresistas, gobernadores, diputados, concejales o alcaldes.**

“Pero además, la ley no ha concedido capacidad contractual a los Cabildos Indígenas y por lo mismo ni los gobernadores de éstos, ni los cabildantes, están habilitados para celebrar ningún tipo de contrato, entre ellos los interadministrativos, que sólo se celebran entre las entidades estatales a que se refieren los artículos 2° de la ley 80 de 1993 y 95 de la ley 489 de 1998, especie contractual no reglamentada aún de manera general. Una vez sean reglamentados los territorios indígenas por la ley de ordenamiento territorial, éstos podrán celebrar todo tipo de contratos, pues están clasificados como entidades

---

<sup>13</sup> Ley 80 de 1993. Artículo 10°: “No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, **las personas que contraten por obligación legal...**” (Resalta la Sala).

<sup>14</sup> Sentencia C-618 de 1997. En esta oportunidad, la Corte Constitucional señaló que la inhabilidad por razón de contratos celebrados en interés propio o de terceros, no se aplica a los contratos por medio de los cuales la administración ofrece un determinado bien o servicio, en desarrollo de sus funciones constitucionales y legales, pues “en tal caso la inhabilidad sería totalmente irrazonable.”

estatales con capacidad contractual.”<sup>15</sup> (Se agrega texto entre paréntesis; negrillas de la Sala).

De tal forma que tampoco prospera el cargo formulado por el actor con fundamento en la celebración del convenio de 29 de diciembre de 2002, por medio del cual el Cabildo Indígena “El Gran Mallama” recibiría los recursos provenientes de los ingresos corrientes de la Nación.

### **3.3) Las otras normas que respaldan los cargos formulados por el demandante**

No se demostró de qué manera se desconocieron los artículos 2 y 32 de la Ley 80 de 1993 y 83 de la Ley 715 de 2001, con la expedición del acto acusado. Aunque el desconocimiento de las normas superiores puede configurar la nulidad de los actos administrativos electorales (C.C.A. Art. 84), el artículo 83 de la Ley 715 de 2001, no fue inobservado, por el contrario, la celebración del convenio de marras demuestra su pleno acatamiento; y en cuanto a los artículos 2 y 32 de la Ley 80 de 1993, tampoco se demostró de qué forma se produjo su vulneración, lo cual resulta poco probable si se advierte que el primero se ocupa de definir a las entidades, servidores y servicios públicos, en tanto que el segundo se encarga de definir el contrato estatal en general y algunos tipos contractuales en particular. Por consiguiente, el cargo por supuesta vulneración de las normas jurídicas señaladas resulta abiertamente infundado.

### **4) Conclusión**

De lo anteriormente expuesto, la Sala concluye que la legalidad del acto que declaró la elección del señor Germán Bernardo Carlosama López como Alcalde del Municipio de Mallama para el período 2004-2007, se mantiene incólume. Primero, porque si bien el demandado estuvo al frente de una entidad pública especial (Cabildo Indígena), dentro del año anterior a su elección, ello no le confirió la calidad de empleado público, como presupuesto necesario para tipificar la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000. Segundo, porque aunque se demostró que el señor CARLOSAMA LOPEZ celebró un convenio con el Municipio de Mallama., su suscripción no se hizo en interés propio o de terceros, sino inspirado en el interés general al obrar como

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 1297 de 14 de diciembre de 2000.

representante legal de una entidad pública especial (Cabildo Indígena) y en estricto cumplimiento de un deber legal, circunstancias que impiden la configuración de la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 3º de la citada norma. Y tercero, porque el cargo restante, por inobservancia de los artículos 2º y 32 de la Ley 80 de 1993 y 83 de la Ley 715 de 2001, no se demostró. En consecuencia, se confirmará el fallo apelado.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**Confírmase** la sentencia de 19 de noviembre de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

Ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente al tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**FILEMON JIMENEZ OCHOA**  
Presidente

**REINALDO CHAVARRO BURITICA    MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON**

**DARIO QUIÑONES PINILLA**