



Función Pública

Concepto 441241 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000441241

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000441241

Fecha: 27/06/2024 05:52:09 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Prohibición de contratar con el Estado. Servidor público no puede ser contratista. RAD. 20249000510292 del 24 de junio de 2024.

Existe la oportunidad de firmar convite comunal con la Gobernación para la realización de una placa huella por un valor de 50 millones. Es de profesión docente en el municipio de Aquitania del mismo departamento. Le fue notificado por parte de la Alcaldía que no puede llevarse a cabo este convite porque es funcionario público. Con base en la información precedente, consulta si puede adelantarse la celebración de este convite comunal o al ser docente me encuentro impedido y si debe declararse impedido para la celebración de este tipo de convenios.

Sobre la inquietud planteada, me permito manifestarle lo siguiente:

En relación con la participación en política de los servidores públicos, el artículo 127 de la Constitución política establece:

“ARTÍCULO 127.- Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 2 de 2004. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales...” (Se subraya).

Nótese que la norma supralegal no hace diferencia respecto al tipo de entidad pública. Esto quiere decir que la prohibición contempla a todas las entidades estatales, sean éstas del nivel nacional, departamental o municipal.

Por su parte, la Ley 80 de 1993, “*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”, determina en su artículo 8:

“ARTÍCULO 8.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

1. < Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

f) Los servidores públicos.

(...)” (Se resalta).

“ARTÍCULO 9. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, este cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

(...)

Para el caso de cesión, será la entidad contratante la encargada de determinar el cesionario del contrato.” (Se subraya).

De acuerdo con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no podrá participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales quienes tengan la calidad de servidores públicos.

Ahora bien, los convenios solidarios tienen su fundamento en el artículo 355 de la Constitución, que indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 355. (...)

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrara contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y con los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.”

Por su parte, la Ley 2166 de 2021, “*Por la cual se deroga la Ley 743 de 2002, se desarrolla el Artículo 38 de la Constitución Política de Colombia en lo referente a los organismos de acción comunal y se establecen lineamientos para la formulación e implementación de la política pública de los organismos de acción comunal y de sus afiliados, y se dictan otras disposiciones*”, define la acción comunal en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 16. Objetivos. Los organismos de acción comunal tienen los siguientes objetivos:

(...)

f) Celebrar contratos, convenios y alianzas con entidades del estado, empresas públicas y privadas del orden internacional, nacional, departamental, distrital, municipal y local, hasta de menor cuantía con el fin de impulsar planes, programas y proyectos acordes con los planes comunales y comunitarios de desarrollo territorial;

(...)”

En concordancia con lo establecido en el artículo 355 de la Carta, la Ley 136 de 1994 introdujo un tipo especial de contratación cuyo objetivo consiste en la celebración de convenios solidarios. Sobre el particular, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 3.- Funciones de los Municipios. Modificado por el art. 6. Ley 1551 de 2012. Corresponde al municipio:

(...)

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

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

El organismo de acción comunal debe estar previamente legalizado y reconocido ante los organismos competentes.

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.”

Conforme a la normativa en cita, las entidades territoriales del orden municipal o distrital pueden celebrar convenios solidarios con organismos de acción comunal, de manera directa, para la ejecución de obras hasta por la mínima cuantía. Debe señalarse que los convenios solidarios son una modalidad especial de contratos administrativos.

Debe señalarse que la prohibición para celebrar contrato es por sí o por interpuesta persona. En tal virtud, un servidor público que además es representante legal de una Junta de Acción Comunal, no puede suscribir un contrato con una entidad pública como representante, ya sea en forma directa o indirecta. Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sección Quinta, con ponencia del Magistrado Alberto Yepes Barreiro, emitida el 11 de abril de 2019, en la que se analizó si existía inhabilidad por la suscripción de un contrato con una cooperativa. Señala el fallo:

“En consecuencia, atañe a la Sección determinar cuál de las citadas posiciones debe privilegiarse, y por consiguiente, establecer si pese a que el demandado no suscribió materialmente los aludidos convenios se encuentra incurso en la causal de inhabilidad de celebración de contratos.

(...)

En efecto, nadie pone en duda que el representante de una ESAL hace parte integral de la misma y que adquiere esa calidad porque así se lo reconocieron los miembros, y que por consiguiente, cuando aquel actúa representa la voluntad inequívoca de la corporación; no obstante, lo que en este caso se está examinado es si la “delegación” hecha por ese órgano -presidente- tiene la capacidad para trasmutar la facultad de representación legal que la persona jurídica le asignó.

Para la Sala lo anterior no es posible debido a que fue la misma corporación la que determinó que la representación legal recayera solo en el presidente, que no se entiende como mandatario de la sociedad, sino como un órgano social que la representa. En tanto, el director ejecutivo, que si bien tiene asignadas unas funciones propias no puede entenderse como representante legal, al menos no por derecho propio, sino que necesitaba de la “delegación” del órgano al que sí se le concedió la representación, esto es, del presidente.

(...)

De hecho, lo anterior se refuerza si se tiene en cuenta que el acto de delegación antes referenciado no se suscribe a nombre de la corporación, sino que fue el presidente quien unilateralmente, tal y como dice el mismo texto de la resolución contentiva de la delegación, decidió delegar “funciones y facultades” al director ejecutivo más no la representación de la ESAL en sí misma.

Por lo anterior, para la Sala Electoral el director ejecutivo de CORPOVISIONARIOS sí puede entenderse como un mandate del presidente de aquella entidad, toda vez que aunque los estatutos le permitieron ser representante legal se lo consintieron si y solo si el presidente dentro de su autonomía decidía “delegarle esa facultad”; luego no puede asegurarse que se trate del órgano al que directamente se le facultó para exteriorizar la voluntad de la persona jurídica.

(...)

Dadas las condiciones propias del mandato no puede asegurarse, como sostiene la parte demandada, que con él se trasladó la representación legal de CORPOVISIONARIOS del presidente al director ejecutivo debido a que, se insiste, este se caracteriza porque el mandatario actúa por cuenta y riesgo del mandate, al punto que el “acto se considera ejecutado directamente por el representado y a su cargo quedan las obligaciones y derecho emergentes derivados del acto del representante”⁶⁸.

Ahora, no escapa a la Sala que la “delegación” hecha por el demandado al director tiene carácter general y no tiene límite temporal, aspectos de los que podría desprenderse que era la voluntad del presidente desligarse completamente de esta potestad. Sin embargo, estas características no pueden desvirtuar que por disposición estatutaria el presidente era el representante legal de CORPOVISIONARIOS, de forma que la única manera de dejar de ostentar jurídicamente dicha condición era con una reforma a los estatutos de la misma, comoquiera que la “delegación” solo transmitía materialmente la función al director, pero no despojaba al presidente de su condición.

Bajo este panorama, para la Sala es claro que la representación legal de CORPOVISIONARIOS siempre estuvo en cabeza del demandado en su calidad de presidente de la misma, solo que este, en virtud de la autorización dada por la ESAL, entregó esa potestad al director ejecutivo. Sin embargo, como esa “entrega” no implica el despojo total de la función asignada o que este haya dejado de ostentarla, debe entenderse que el señor Antanas Mockus seguía desempeñando, al menos jurídicamente, el cargo de representante legal.

En otras palabras, pese a la “delegación”, que en realidad es un mandato, el demandado seguía siendo el representante legal, porque esa figura no tenía la potestad para arrebatarle tal condición.

(...)

c) Implicaciones de la delegación en la inhabilidad objeto de estudio

Para la Sala no cabe duda que el demandado, pese a la “delegación”, ostentaba la calidad de representante legal de CORPOVISIONARIOS, habida cuenta que, conforme a lo explicado, tal figura no tenía la potestad de quitarle dicha condición ni muchos menos de convertir a otro, automáticamente, en el representante legal.

(...) Lo que sí corresponde a la Sala es determinar si el hecho de que el demandado hubiese sido representante legal COPORVISIONARIOS demuestra el elemento objetivo de la inhabilidad o pese a esa circunstancia, esto se descarta porque materialmente el convenio fue celebrado por una tercera persona distinta del demandado.

Para la Sección Electoral, teniendo en cuenta lo expuesto, y en especial que la “delegación” no transmitió la representación sino, únicamente,

permitió que un tercero actuara en nombre y representación de quien tenía la capacidad para comprometer legalmente a la entidad, debe concluirse que el elemento objetivo de la inhabilidad se encuentra plenamente acreditado, toda vez que quien suscribió los convenios lo hizo, en nombre del representante legal de la ESAL, esto es del señor Antanas Mockus.

En efecto, como se explicó, el director ejecutivo actuó como “delegatario” del representante legal, más no como representante directo de CORPOVISIONARIOS ya que, se insiste, la representación legal de esa entidad estaba, exclusivamente, en cabeza del presidente, de forma que la actuación del primero dependía de la delegación que le “hiciera” el segundo.

Así pues, si los convenios se celebraron en virtud de la “delegación” hecha por el presidente, es decir por el representante legal de CORPOVISIONARIOS, debe concluirse que quien verdaderamente suscribió los negocios fue el “delegante”.

Debe tenerse en cuenta que la autorización de “delegar” conferida por la asamblea general no tenía como efecto variar la titularidad de la representación de CORPOVISIONARIOS, sino, únicamente, permitir que un tercero actuara en nombre y representación de a quien se asignó esta condición y, por consiguiente, consentir que los actos que el delegatario efectuara se entendieran a nombre de la corporación.

Así las cosas, y si se tiene en cuenta que el director ejecutivo no era más que un “delegatario” del presidente y como según el artículo 1505 del Código Civil “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo.” debe concluirse que el demandado suscribió los convenios, solo que lo hizo a través de un tercero en virtud de la “delegación” que, autorizado por los estatutos, realizó.

En otras palabras, como el único representante legal de CORPOVISIONARIOS era el presidente, esto es, el señor Antanas Mockus y este, autorizado por los estatutos delegó esa función al director ejecutivo debe concluirse que el demandado ejerció la representación legal que ostenta a través de interpuesta persona.

Por ello, se colige que, desde el punto de vista jurídico aquel suscribió los convenios estatales a los que aluden las partes, comoquiera que hizo uso de la “delegación” para que el director ejecutivo actuará en su nombre y representación, lo que significa que el verbo rector de la inhabilidad objeto de estudio, esto es, celebrar se encuentra plenamente acreditado.

Para la Sala no es posible concluir que la inhabilidad no se configuró solo por el hecho de que el demandado no celebró materialmente los pluricitados convenios de asociación, debido a que jurídicamente aquel seguía siendo el representante legal de CORPOVISIONARIOS y, por ende, la firma del director, autorizada por los estatutos, se entiende en su nombre y representación; consentir lo contrario no solo iría en detrimento de la perspectiva objetiva con la que deben analizarse las inhabilidades, sino también de los derechos y principios que a través de estas se pretenden salvaguardar.

Por lo anterior, para la Sala Electoral como el señor Henry Samuel Murrain celebró los convenios antes estudiados, en virtud de la “delegación” hecha por el presidente, y esta “delegación” no es más que un contrato de mandato que le permitió actuar en nombre y representación del verdadero representante legal de COPORVISIONARIOS, se debe entender que estos se suscribieron jurídicamente por quien tenía, según los estatutos, la capacidad para representar y, por ende, contraer obligaciones a nombre de esa corporación, esto es, el señor Antanas Mockus.” (Se subraya).

De acuerdo con el citado fallo, la inhabilidad por haber celebrado un contrato con la administración pública, no se reduce a la suscripción física del mismo, sino que está directamente relacionada con el rol que ejerce en la entidad privada que contrata. Para el caso analizado en el fallo, la única persona que podía suscribir contratos en los estatutos de la entidad privada era el representante legal. Éste, al delegar su función de contratar, actuó a través del delegatario y por ello, el Consejo de Estado entendió que se trataba de un mandato. Por tanto, finalmente quien contrató fue el delegante, a través de su delegatario y, en tal virtud, la inhabilidad se configura a pesar de no obrar como suscriptor del contrato.

En tal virtud, no es viable que un servidor público suscriba un contrato con una entidad pública ni como persona natural ni en su calidad de representante legal de una empresa privada, (incluyendo una firma delegada o algún mandato para suscribir contrato), por expresa prohibición

constitucional.

Con base en los argumentos legales expuestos, esta Dirección Jurídica considera que un servidor público, en su calidad de representante legal de una Junta de Acción Comunal y de una Asociación de Juntas, se encuentra inhabilitado para suscribir un convenio solidario con una entidad pública de cualquier nivel, sin que sea viable delegar su facultad de suscribirlos en otra persona pues, como indica el Consejo de Estado, el delegado suscribe el contrato en representación de quien le confirió la facultad.

La entidad deberá verificar si, conforme con sus estatutos, puede retirar la facultad de suscribir los contratos al representante legal para conferirlo a otro miembro. En caso de no poder realizar esta modificación, el Presidente deberá renunciar a su cargo en la Junta.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó y aprobó Armando López Cortes

11602.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 02:11:06