



Función Pública

Concepto 246571 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000246571

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000246571

Fecha: 14/07/2021 11:01:38 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor Público. Prohibición de suscribir contratos o convenios con entidades públicas. Delegación. RAD. 20212060483032 del 21 de junio de 2021.

En la comunicación de la referencia, solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

¿Es dable y ajustado a derecho que un funcionario público Municipal, con nombramiento y posesión, de segundo nivel o asistencial, es decir, (NO DIRECTIVO), pueda ejercer simultáneamente como Presidente de una Junta de Acción Comunal y como funcionario público, es decir, ejercer simultáneamente los dos cargos?

¿En caso de poderse dar lo anterior, sin violar alguna disposición legal, si la Alcaldía decide suscribir convenios solidarios con giro de recursos para el mejoramiento del barrio donde se desempeña, como presidente de la Junta de Acción Comunal, el precitado, (funcionario público- Presidente de Junta de Acción Comunal) podría legalmente suscribir estos convenios solidarios o contratos?

En caso de que el precitado (funcionario público- Presidente de Junta de Acción Comunal) legalmente no pueda firmar dichos convenios solidarios o contratos, ¿podría delegar dicha firma en el vicepresidente de la junta de acción comunal?

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

Respecto a la posibilidad de que un servidor público suscriba contrato con una entidad pública, la Constitución Política señala en su artículo [127](#):

“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 supra legal 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.

En igual sentido se expresa el artículo 19 de la ley 4 de 1992, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:

Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;

Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

Las percibidas por concepto de sustitución pensional;

Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;

Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud.

Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas.

Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades”.
(Subrayado fuera de texto)

Como se aprecia, tanto la Carta Fundamental como la Ley, prohíben desempeñar más de un empleo público y recibir más de una asignación proveniente del Erario. No obstante, la Ley estableció algunas excepciones a esta limitación.

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).

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.

Respecto a la posible delegación de la facultad de suscribir contratos, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, Magistrado Ponente: Alberto Yepes Barreiro, en su Sentencia 00080 emitida el 11 de abril de 2019, dentro del expediente con radicado No. 11001-03-28-000-2018-00080-00, señaló lo siguiente:

"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."

De acuerdo con el fallo, la delegación de la facultad de suscribir contratos no trasmite la representación sino, únicamente, permite que un tercero actúe en nombre y representación de quien tiene la capacidad para comprometer legalmente a la entidad. En tal virtud, los contratos que se celebren en virtud de la "delegación" hecha por el representante legal, son verdaderamente suscritos por el delegante.

En síntesis, si un servidor público actúa como representante legal de una entidad privada, no podrá, en esta calidad, suscribir contratos con

ninguna entidad pública, ni delegar la facultad de contratación en otra persona, pues estaría incurriendo en la prohibición constitucional reseñada.

Ahora bien, la Ley 743 de 2002, "Por la cual se desarrolla el artículo 38 de la Constitución Política de Colombia en lo referente a los organismos de acción comunal", define la acción comunal en los siguientes términos:

“ARTICULO 8. Organismos de acción comunal:

Son organismos de acción comunal de primer grado las juntas de acción comunal y las juntas de vivienda comunitaria.

La junta de acción comunal es una organización cívica, social y comunitaria de gestión social, sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio, integrada voluntariamente por los residentes de un lugar que aúnan esfuerzos y recursos para procurar un desarrollo integral, sostenible y sustentable con fundamento en el ejercicio de la democracia participativa.

(...)

b) Es organismo de acción comunal de segundo grado la asociación de juntas de acción comunal. Tienen la misma naturaleza jurídica de las juntas de acción comunal y se constituye con los organismos de primer grado fundadores y los que posteriormente se afilien;” (Se subraya).

De acuerdo con las normas en cita, las juntas de acción comunal son organizaciones cívicas, integradas voluntariamente por particulares. Al ser entes de naturaleza privada, sus integrantes no gozan de la calidad de servidores públicos. En tal virtud, la prohibición de tener más de dos empleos públicos o varias asignaciones el Tesoro Público, no se configuran.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

Siendo las juntas de acción comunal organizaciones cívicas, integradas voluntariamente por particulares y de naturaleza privada, sus integrantes no gozan de la calidad de servidores públicos. En tal virtud, la prohibición de tener más de dos empleos públicos o varias asignaciones el Tesoro Público, no se configura en el caso del servidor público del municipio.

No obstante, en caso que el servidor público actúe como representante legal de la Junta de Acción Comunal, no podrá suscribir convenios o contratos con ninguna entidad pública, pues esta situación se encuentra expresamente prohibida por la Constitución y la Ley.

Tampoco podrá el citado servidor delegar la firma de los contratos o los convenios con entidades pública en el vicepresidente de la junta de acción comunal, pues como indica el Consejo de Estado, quien suscribiría estaría actuando en nombre y representación del delegante y, por tanto, se entiende que quien suscribe el contrato es el delegante, configurándose así la prohibición.

En caso 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 CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:22:09