



Función Pública

Concepto 326061 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000326061

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000326061

Fecha: 22/07/2020 06:46:34 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Empleado público. Posibilidad de ejercer como socio de una fundación. RAD. 20209000237372 del 08 de junio de 2020.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta:

“La Fundación podrá presentarse a procesos de selección de contratación estatal aportando la experiencia del RUP (aportada por el ex fundador) y en este caso habría alguna inhabilidad o incompatibilidad para la fundación o ex fundador que a la fecha ostenta la calidad de funcionario público?”

Lo anterior, teniendo en cuenta que el ex socio fundador a la fecha ostenta la calidad de funcionario público, como gerente de una Empresa Social del Estado de una entidad de primer nivel de complejidad en un municipio de primera categoría, y que presentó retiro voluntario a la fundación hace 3 meses.

Al respecto, me permito informar lo siguiente:

Inicialmente debe recordarse que de acuerdo con lo establecido en el Decreto [430](#) de 2016¹, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por consiguiente, no tiene competencia para determinar si una fundación puede presentarse a procesos de selección de contratación estatal aportando la experiencia del RUP (aportada por un ex fundador que actualmente es empleado público), por corresponder a un tema de contratación pública; por consiguiente, su consulta será remitida a la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente, para que procedan frente al particular.

Respecto a la posible inhabilidad o incompatibilidad que se genera para un servidor público como ex socio de una fundación, debe tenerse en cuenta que como empleado público, no podrá contratar con entidades del Estado ya que estaría inmerso en la prohibición consagrada en el artículo 127 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 8º de la Ley 80 de 1993.

El Artículo 127 de la Carta Política, estableció:

“ARTICULO 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 (...).”

Conforme lo anterior, se prohíbe a los servidores públicos, por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, celebrar contratos con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

A su vez, la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, consagró:

“ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

f) Los servidores públicos.

(...)

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

(...)

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.” (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con las anteriores disposiciones, los servidores públicos son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales. Tampoco podrá recibir ninguna asignación adicional a la de servidor público, proveniente del Tesoro Público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la Ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política.

Para el caso en que un empleado público ocupe un cargo perteneciente al nivel directivo, asesor o ejecutivo en una entidad pública, y tenga

participación o desempeño cargos de dirección o manejo de una Fundación (Entidad de carácter privado), se generaría una inhabilidad para que la entidad pública respectiva contrate con la Fundación.

Ahora bien, en cuanto a la contratación indirecta o por interpuesta persona, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla en Radicación Número: 68001-23-15-000-2004-00002-02(3875) de Enero 19 de 2006, señaló:

“Ciertamente, esta Sala ha dicho que el contrato por interpuesta persona se configura mediante sociedades de personas de las que sea socio quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad². En otras palabras, la celebración de contratos bajo esta modalidad implica que quien aparece como contratista, aunque formalmente, aparentemente, figure como tal, en realidad, no es la persona que lo celebra y ejecuta.

Tal figura constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada”. (Subrayas fuera de texto).

Por lo tanto, en criterio de esta Dirección no es viable que un servidor público, por si o por interpuesta persona, celebre contratos de cualquier tipo con entidades estatales si la figura planteada en su consulta constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada.

Así las cosas, teniendo en cuenta que las inhabilidades e incompatibilidades son taxativas y de interpretación restrictiva y que, de acuerdo a lo anotado en su consulta, el empleado renunció hace 3 meses como socio fundador de la fundación, en criterio de esa Dirección Jurídica no se genera ninguna inhabilidad o incompatibilidad para el funcionario público.

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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: D. Castellanos

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. Sentencias del 2 de noviembre de 2001, expediente 2697; y del 30 de noviembre de 2001, expediente 2736.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:28:13