



Concepto 178651 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000178651

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000178651

Fecha: 20/03/2024 01:31:41 p.m.

Bogotá D.C

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor Público. Servidor público representante legal de una ESAL para suscribir contratos estatales. RAD: 20242060198282 del 01 de marzo de 2024.

" 1- ¿Existe alguna incompatibilidad o inhabilidad ante un servidor público de carrera administrativa que funge como representante legal de una ESAL participar de las convocatorias de proyectos como el Programa de Concertación cultural del MinCulturas para recibir apoyos para iniciativas/ proyectos sociales? 2- ¿Existe alguna incompatibilidad o inhabilidad ante un servidor público de carrera administrativa que desee postularse a convocatorias de proyectos con entidades del estado que tenga que figurar como persona natural y que el apoyo es desembolsado a su cuenta bancaria personal? Ejemplo: Programa de Jóvenes por el cambio del MinCulturas.," me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos; así mismo, no le corresponde decidir si una persona incurrió o no en causal de inhabilidad, competencias atribuidas a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, frente a la inhabilidad para desempeñar más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro único, la Constitución Política, establece:

"ARTÍCULO. 128.- 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, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas". (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, la Ley 4 de 1992, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política consagra:

“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 del Estado. Exceptúanse 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 benefician 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)

De acuerdo con lo anterior, 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, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Por su parte, el artículo 127 de la Constitución Política, señala:

“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.” (Subraya fuera del texto)

También es importante considerar que la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, establece sobre el particular lo siguiente:

“ARTÍCULO 2. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

2. Se denominan servidores públicos:

a). Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales

y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas.

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

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

(...)

Los servidores públicos.

(...)” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Conforme lo anterior, es clara la prohibición de los servidores públicos para participar en licitaciones o para celebrar contratos con las entidades estatales, salvo las excepciones legales.

Así mismo, es importante tener en cuenta que la Ley 1952 de 2019, Código Único Disciplinario, señala:

ARTÍCULO 38. Deberes. Son deberes de todo servidor público:

(...)

12. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.

En virtud de lo anterior, los servidores públicos tienen el deber de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales y les está prohibido, entre otros, prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo.

Ahora bien, sobre la naturaleza jurídica de estas entidades, se tiene que, las entidades sin ánimo de lucro son personas jurídicas que se constituyen por la voluntad de asociación o creación de una o más personas (naturales o jurídicas) para realizar actividades en beneficio de asociados, terceras personas o comunidad en general. Las Esal no persiguen el reparto de utilidades entre sus miembros. Pueden ser asociaciones, corporaciones y fundaciones; Entidades de economía solidaria (cooperativas, precooperativas, fondos de empleados, asociaciones mutuales); Veedurías ciudadanas; Entidades Extranjeras de Derecho Privado Sin Ánimo de Lucro con domicilio en el exterior; Instituciones Auxiliares del Cooperativismo y Organismo de segundo y tercer grado etc.

En igual sentido, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-216/20: señaló:

El principio de solidaridad y las organizaciones sin ánimo de lucro

(...)

En el plano constitucional tienen un tratamiento especial, que deriva de los derechos a la libertad de asociación (artículo 39), de la posibilidad de organizarse social y sindicalmente (artículo 38), así como a la promoción estatal para la investigación, la ciencia, el desarrollo, la difusión de los valores de la nación, la búsqueda del conocimiento y el fomento de la ciencia y tecnología a las personas y organizaciones que las lleven a cabo (artículos 70 y 71), y de acuerdo con el artículo 189 numeral 26 superior corresponde al Presidente de la República ejercer sobre ellas inspección y vigilancia, por considerarse de utilidad común, y con el objetivo de que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, cumpliendo así con la voluntad de sus fundadores³.

Por su naturaleza dichas organizaciones se fundamentan en el principio de solidaridad, previsto en el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia. La jurisprudencia constitucional las ha definido como personas jurídicas que surgen de la voluntad de un grupo de individuos, quienes vinculan un capital a la obtención de un fin de interés general o de bienestar común no lucrativo y por ello satisfacen intereses públicos y sociales⁴.

Los fundamentos constitucionales se ven reflejados, a su vez, en las características de estas entidades. La principal es que su fin no es lucrativo, es decir, no pretenden repartir entre sus asociados las utilidades que deriven de su actividad. En otras palabras, significa que estas personas jurídicas pueden realizar actividades y, en virtud de ellas, podrán obtener utilidades, pero éstas no podrán ser destinadas para repartirse entre sus asociados⁵-distinción entre la obtención de utilidad y reparto de la utilidad-.

Otra característica consiste en que las entidades sin ánimo de lucro existen independientemente de las personas que la constituyen⁶. Si bien esta pareciera ser una característica común a todas las personas jurídicas, en el caso de las entidades sin ánimo de lucro cobra mayor importancia, pues en virtud de ella se entiende también que, todo ingreso que perciba la persona jurídica deberá destinarse a su crecimiento y actividad. Por otro lado, sus fundadores solo tendrán derechos o beneficios por el hecho de su afiliación, mas no un derecho de propiedad sobre los bienes, activos o patrimonios de la entidad⁷.

Una tercera característica hace referencia a las actividades que realiza una entidad sin ánimo de lucro. Por tendencia, estas personas jurídicas suelen desarrollar actividades que son de beneficio social, es decir, se encaminan hacia un grupo determinado de personas o hacia la comunidad en general, tales como la salud, el deporte, la educación, la investigación científica, tecnológica, ecológica, las actividades ligadas al desarrollo social, entre otros⁸.

Una cuarta característica consiste en que, debido a las actividades que desempeñan las entidades sin ánimo de lucro, éstas suelen tener un tratamiento diferenciado o especial en diversos aspectos⁹. Para la Corte resulta relevante abordar esta característica desde el escenario fiscal o tributario.

Dentro de estas organizaciones se encuentran, por ejemplo, las Juntas de Acción Comunal, las entidades de naturaleza cooperativa, los fondos de empleados, las asociaciones mutuales, las entidades científicas, tecnológicas, culturales, e investigativas, las instituciones de utilidad común que prestan servicios de bienestar familiar, las asociaciones agropecuarias y campesinas nacionales y no nacionales Corporaciones, asociaciones y fundaciones Entes Gremiales, las Asociaciones Profesionales; Juveniles; Sociales; de Egresados, de Padres de Familia Instituciones de educación superior según la Ley 115 de 1994, las Iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones, confederaciones, asociaciones de ministros, las Entidades privadas del sector salud de que trata la Ley 100 de 1993, los Partidos y movimientos políticos, las organizaciones comunitarias, así como los Sindicatos y asociaciones de trabajadores y empleadores. (Subraya nuestra)

De acuerdo a lo indicado anteriormente, se tiene que las Entidades Sin Ánimo de Lucro son personas jurídicas que surgen de la voluntad de un grupo de individuos, quienes vinculan un capital a la obtención de un fin de interés general o de bienestar común no lucrativo y por ello satisfacen intereses públicos y sociales, es decir que, su fin no es lucrativo, esto es que no pretenden repartir entre sus asociados las utilidades que deriven de su actividad. Entre las entidades sin ánimo de lucro se encuentran las asociaciones, corporaciones y fundaciones; Entidades de economía solidaria, entre otras.

Ahora bien, frente a sus dos interrogantes esta Dirección Jurídica considera que todo servidor público, en virtud de lo señalado en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, le está prohibido suscribir contratos con entidades públicas de cualquier nivel y con personas privadas que manejen o administren recursos públicos. Por tanto, el representante legal o quien haga sus veces que sea servidor público, estará impedido para suscribir un contrato con cualquier entidad estatal o con entidades privadas que manejen o administren recursos públicos.

Finalmente, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó. Daniel Herrera Figueroa

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 07:58:47