

CONCEPTO 57796 DE 2017

(Noviembre 2)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: Rusby Cecilia Vargas A.-
Coordinadora Grupo de Formación Continua Especializada
SENA rcvargasa@sena.edu.co

DE: Coordinador
Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa.

ASUNTO: Consejeros-Inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses

En atención a su comunicación No. 8-2017-056636 del 30 de octubre de 2017, donde solicita concepto sobre lo siguiente: “Teniendo en cuenta lo anterior, solicitamos su concepto sobre si los representantes de los gremios (Consejeros) participantes en nuestra convocatoria, deben abstenerse de votar en el Consejo Directivo Nacional, la aprobación de los proyectos de Formación Continua Especializada”, me permito manifestarle lo siguiente en cuanto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los consejeros:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

En atención a la consulta, de manera comedida le informo que esta dependencia no es la competente para resolver situaciones particulares ni conceptuar sobre procedimientos de trámites o hacer aclaraciones/modificaciones a los actos administrativos proferidos por el SENA. También es pertinente indicarle que en virtud de los principios de economía y celeridad, establecidos en la Constitución Política y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las inquietudes sobre diversas temáticas se deben aclarar al interior de la Entidad agotando el conducto regular, vale decir, acudiendo al funcionario que maneje la temática, al competente o a quien deba tomar la decisión. El Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, no tiene asignadas funciones administrativas, contractuales o disciplinarias, y tomar una decisión en esta vía en un caso particular que no le compete, pues implicaría excederse en sus funciones lo que acarrearía la respectiva responsabilidad disciplinaria.

CONCEPTO

a) ANTECEDENTES

- Se señaló en la solicitud presentada, lo siguiente:

[...] La Dirección del Sistema Nacional de Formación para el Trabajo a través del Grupo de Formación Continua Especializada anualmente realiza una convocatoria pública atendiendo lo establecido en el artículo 7o del Acuerdo 00005 de 2014, Para tal efecto el SENA dará aplicación

a la normatividad nacional vigente en materia de contratos, convenios y asociación para actividades de ciencia, tecnología e innovación, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo [16](#) de la Ley 344 del 1996, modificada por el artículo [32](#) de la Ley 1607 de 2012 y demás normas concordantes. A su turno, los literales a) y b) del numeral 3o del Artículo [28](#) del Decreto 585 de 1991, el cual establece: “Al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, corresponde: De igual forma, el numeral 2o del artículo 1o y el artículo 6o del Decreto 393 de 1991, concordantes con lo dispuesto por el artículo 17 del Decreto 591 de 1991, prevé que para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas pueden asociarse con los particulares mediante la celebración de convenios especiales de cooperación, que se rigen por normas de derecho privado. Así mismo, de acuerdo con lo previsto en el literal d) del Artículo 2o del Decreto 393 de 1991, uno de los propósitos de la asociación es formar y capacitar recursos humanos para el avance y la gestión de la ciencia y la tecnología.

Según lo establecido en el Decreto 249 del 2004, Artículo [3o](#). Funciones del Consejo Directivo Nacional. Además de las señaladas en el artículo [76](#) de la Ley 489 de 1998, son funciones del Consejo Directivo Nacional, numeral 3. Aprobar las políticas para la contribución del SENA al Desarrollo Tecnológico y la Competitividad y los criterios generales de utilización de los recursos de la Ley [344](#) de 1996”.

-En consecuencia, se solicita pronunciamiento, como ya se indicó, en cuanto a: Teniendo en cuenta lo anterior, solicitamos su concepto sobre si los representantes de los gremios (Consejeros) participantes en nuestra convocatoria, deben abstenerse de votar en el Consejo Directivo Nacional, la aprobación de los proyectos de Formación Continua Especializada”

-La solicitud se atiende con la información suministrada.

b) ANÁLISIS JURÍDICO

-INHABILIDAD E INCOMPATIBILIDAD

INHABILIDAD es la incapacidad, ineptitud o circunstancias que impiden a una persona ser elegida o designada en un cargo público y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio.

La Corte Constitucional en la sentencia de control abstracto de constitucionalidad C-280 de 1997, ha señalado que:

[...] Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

También de acuerdo con la sentencia C-348 de 2004, se han establecido los tipos de inhabilidades así:

-Inhabilidades relacionadas directamente con la potestad sancionadora del Estado, la cual se aplica en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional, correccional y de punición por

indignidad política.

-Inhabilidades que no constituyen sanción ni están relacionadas con la comisión de faltas, sino que corresponden a modalidades diferentes de protección del interés general y obedecen a la efectividad de principios, derechos y valores constitucionales, como son la lealtad empresarial, moralidad, imparcialidad, eficacia, transparencia o sigilo profesional, entre otros postulados.

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Augusto Trejos Jaramillo, en Concepto 1097 del 29 de abril de 1998, señaló:

[...] Como ya lo ha manifestado la Sala, las inhabilidades son impedimentos para ejercer una función determinada o para que una persona sea elegida o designada para desempeñar un cargo público, en razón de intereses personales o por la ausencia de calidades para el ejercicio del cargo; la inhabilidad puede generar la nulidad de la elección o nombramiento. Por su parte, las incompatibilidades son prohibiciones para realizar actividades o gestiones de manera simultánea con el ejercicio de un cargo; la violación del régimen de incompatibilidades puede dar lugar a sanción disciplinaria, o a la pérdida de investidura para los congresistas.

Las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente establecidas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictivas. Este principio tiene su fundamento en el artículo 60 de la Carta, según el cual los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que les está expresamente atribuido por el ordenamiento jurídico; los particulares pueden realizar todo lo que no les esté prohibido.

En el ámbito contractual, las inhabilidades e incompatibilidades son circunstancias que imposibilitan para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales. También impiden la participación en el proceso de selección y el ejercicio de los derechos surgidos del mismo, cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene para un proponente dentro de una licitación o concurso. (Subraya fuera de texto)

De lo anterior, vale la pena precisar que la inhabilidad se predica de personas naturales que pueden tener acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas; igualmente señala el máximo tribunal de constitucionalidad, en la sentencia C-200 de 2001, que en atención al carácter prohibitivo de las inhabilidades, son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en una ley o en la Constitución Política; en consecuencia:

[...] el Legislador tiene un margen de discrecionalidad amplio para regular las inhabilidades e incompatibilidades para acceder a la función pública, dentro de las limitaciones que la propia Carta define. Diferente es la situación del operador jurídico, quien debe interpretar estricta y restrictivamente las causales de inelegibilidad, en tanto y cuanto son excepciones legales al derecho de las personas a acceder a los cargos públicos. (Subraya fuera de texto)

El fin de las inhabilidades es garantizar la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de cargos o funciones públicas. De igual forma son una garantía de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función^[1].

INCOMPATIBILIDAD se entiende jurisprudencialmente como “la imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades”. La Corte Constitucional ha señalado en la sentencia C-349 de 1994, lo siguiente:

[...] si en ella se incurre, el propio ordenamiento contempla la imposición de sanciones que en su forma más estricta llevan a la separación del empleo que se viene desempeñando. En nuestro sistema, por ejemplo, la violación del régimen de incompatibilidades por parte de los congresistas ocasiona la pérdida de la investidura (artículo [183](#), numeral 1, de la Constitución) y, además, en cuanto sea pertinente, está sujeta a la imposición de las sanciones penales que la ley contempla. (Subraya fuera de texto)

En este orden de ideas, de la finalidad de las incompatibilidades señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-426 de 1996, lo siguiente:

[...] De ahí que las incompatibilidades legales tengan como función primordial preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública. Igualmente, cumplen la misión de evitar que se utilice su cargo de elección popular para favorecer intereses de terceros o propios en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública. (Subraya fuera de texto)

Igualmente, no cabe duda que la incompatibilidad se predica del servidor público que se desempeña en su cargo y quien debe ser probo en su ejercicio como tal.

-INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LOS MIEMBROS DE LOS CONSEJOS DIRECTIVOS/CONSEJEROS

En primer lugar, vale la pena recordar, en concordancia con lo establecido en el artículo [6o](#) de la Constitución Política^[2], como las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente consagradas en la Constitución, en la ley o en su propio reglamento y son de aplicación e interpretación restrictiva.

De otra parte, es preciso advertir como los miembros de los consejos directivos y asesores de establecimientos públicos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese sólo hecho la calidad de empleados públicos, lo anterior con fundamento en el artículo [74](#) de la Ley 489 de 1998^[3] que reza:

Artículo 74o. CALIDAD DE LOS MIEMBROS DE LOS CONSEJOS DIRECTIVOS. Los particulares miembros de los consejos directivos o asesores de los establecimientos públicos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes de la materia y los estatutos internos del respectivo organismo. (Subraya fuera de texto)

Es así como, el SENA mediante el Acuerdo [009](#) de 2004, “por el cual se adopta el Reglamento del Consejo Directivo Nacional del SENA”, dispuso:

ARTÍCULO 16o. DE LAS INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES, Y PROHIBICIONES. Son aplicables a los miembros del Consejo Directivo Nacional las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones contenidos en la Ley 489 de 1998, Decreto ley 128 de 1976, en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas concordantes, o las que las adicionen sustituyan o reformen. (Subraya fuera de texto)

En este orden de ideas y de acuerdo con concepto rendido por el Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa de la Dirección Jurídica del SENA, el 13 de junio de 2016, se ponen de

presente varios aspectos que se analizaron en dicha oportunidad. La Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación, en sus artículos [8o](#), numeral [2o](#), literal d) y [10o](#), establece:

Artículo [8o](#). DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

[...]

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

a. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

b. Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

c. El cónyuge compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

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 ello, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

f) <Literal adicionado por el art. [4](#) de Ley 1474 de 2011>. Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.

Parágrafo 1o.- La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo. <Inciso adicionado por el artículo [18](#) de la Ley **1150 de 2007**>. En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio.

Parágrafo 2o.- Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas”. (Subraya fuera de texto)

El artículo 10o de la precitada Ley 80, de manera taxativa expone las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades así:

Artículo 10o. DE LAS EXCEPCIONES A LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política. (Subraya fuera de texto)

Así mismo establece el Estatuto General de Contratación, lo siguiente:

Artículo 26o. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio:

1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

(...)

4o. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

5o. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma. (Subraya y negrilla fuera de texto)

De la norma anterior, se puede concluir sin lugar a equivocarnos, que la actividad contractual se encuentra en cabeza del jefe o representante legal de la entidad estatal, en el caso del SENA, en el Director, los Directores Regionales y los Subdirectores; quienes responden por las actuaciones que al respecto se surtan dentro de la contratación estatal en la órbita de sus funciones. En consecuencia, se reitera, como las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa, precisando que los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas, especificando de manera especial que “la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad”, ni a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia, como tampoco a las corporaciones de elección popular.

Igualmente, quedó establecido en el mencionado concepto del 13 de junio de 2016:

[...] Los miembros del Consejo Directivo, no pueden a la vez ser juez y parte en un mismo proceso, ya que está claramente determinado que el control en la gestión de la actividad que realiza el Director General y los Directores Regionales es de competencia del Consejo Directivo Nacional y de los Consejos Directivos Regionales, respetivamente, de conformidad con lo indicado en los artículos [3o](#) y [22](#) del Decreto 249 de 2004, en virtud de ese mandato los consejeros son los encargados de evaluar las acciones que realiza los representantes legales de la entidad, encaminadas al cumplimiento de la misión encomendada; por ende la ejecución presupuestal es responsabilidad directa del ejecutor, razón por la cual no se ha contemplado la expedición de póliza alguna por parte de la entidad para amparar la responsabilidad patrimonial de los consejeros. Esta situación es diferente cuando se trata de entidades privadas que se regulan por lo contemplado en los respectivos estatutos. (Subraya fuera de texto)

En este orden de ideas, fue claro señalar como el ordenador del gasto o representante legal tienen la dirección, manejo y ejecución de la actividad contractual, asumiendo directamente la responsabilidad por asuntos de la órbita de su competencia, quien debe rendir un informe de gestión la máxima autoridad existente y a la Oficina de Control Interno de Gestión conforme con la Ley 87 de 1997, “por la cual se establecen normas para el ejercicio del Control Interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones”, donde se precisa esta labor de seguimiento y control, en armonía con lo dispuesto por el artículo [5o](#) del Decreto 249 de 2004 y la Ley [1474](#) de 2011.

De otra parte, respecto a las prohibiciones que rigen el actuar de los servidores públicos, tenemos que la Ley [1474](#) de 2011, “por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, en sus artículos [3o](#) y [4o](#) dispuso:

Artículo 3o. Prohibición para que ex servidores públicos gestionen intereses privados. El numeral 22 del artículo [35](#) de la Ley 734 de 2002 quedará así:

Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado.

Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.

Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe sujetos claramente determinados”.

Artículo 4o. Inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el Estado.

Adicionase un literal f) al numeral 2 del artículo [8o](#) de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público,

cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público. (Subraya fuera de texto)

En concordancia con lo anterior, la Ley 489 de 1998, estableció en sus artículos [102](#) y [113](#):

Artículo [102](#).- Inhabilidades e incompatibilidades. Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen.

Artículo [113](#)o.- Inhabilidades e incompatibilidades. Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargadas del ejercicio de funciones administrativas están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida.

Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas jurídicas privadas que hayan ejercido funciones administrativas, no podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado". (Subraya fuera de texto).

La Ley 28 de 1974, "por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias en materia administrativa, y se dictan otras disposiciones", otorgó facultades al Presidente de la República para expedir el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y responsabilidades de los miembros de los consejos y juntas directivas, en virtud de lo cual fue expedido el ya citado Decreto 128 de 1976.

Artículo 1o. De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo [76](#) de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República, por el término de doce meses, contados a partir de la vigencia de esta Ley, de facultades extraordinarias en asuntos administrativos. En ejercicio de estas facultades podrá:

(...)

k) Modificar las normas vigentes sobre órganos de dirección y administración de las entidades descentralizadas, para lo cual podrá:

(...)

3. Fijar calidades para poder ser Gerente, Director o Presidente de organismo descentralizado o miembro de las Juntas o Consejos Directivos de éstos, y

4. Dictar un estatuto de responsabilidades, incompatibilidades e inhabilidades de las personas a que se refiere el numeral anterior.

En este orden de ideas, el Decreto 128 de 1976, "por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades

descentralizadas y de los representantes legales de estas”, estableció los deberes de los miembros de las juntas y gerentes o directores de establecimientos públicos, así:

Artículo 2o. DE LOS DEBERES DE LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS Y DE LOS GERENTES O DIRECTORES. Además de los que les señalen otras normas, son deberes de los miembros de las Juntas o Consejos y de los Gerentes o Directores:

1. Respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución, las Leyes y los estatutos de la entidad;
2. Desempeñar sus funciones con eficiencia e imparcialidad;
3. Guardar en reserva los asuntos que conozcan en razón de sus funciones y que por su naturaleza no deban divulgarse.

Por su parte, la norma precitada, en sus artículos 8, 9, 10, 12, 14, 15 y 16, regló el tema de la siguiente manera:

Artículo 8o. De las inhabilidades por razón del parentesco. Los miembros de las juntas o consejos directivos no podrán hallarse entre sí ni con el gerente o director de la respectiva entidad, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Habrá lugar a modificar la última elección o designación que se hubiere hecho, si con ella se violó la regla aquí consignada.

Artículo 9o. De las prohibiciones para los miembros de las juntas y para los gerentes o directores. Además de las prohibiciones contenidas en otras normas, los miembros de las juntas y los gerentes o directores no podrán:

1. Aceptar, sin permiso del Gobierno, cargos, mercedes, invitaciones o cualquier clase de prebendas provenientes de entidades o Gobiernos extranjeros.
2. Solicitar o recibir, directamente o por interpuesta persona, gratificaciones, dádivas o recompensas como retribución por actos inherentes a su cargo;
3. Solicitar o aceptar comisiones en dinero o en especie por concepto de adquisición de bienes y servicios para el organismo.

Quien viole las disposiciones establecidas en este artículo será destituido.

Artículo 10o.- De la prohibición de prestar servicios profesionales. Los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece.

[...]

Artículo 12o.- De la prohibición de actuar en contra de la Nación. No podrán ejercer la profesión de abogado contra las entidades del respectivo sector administrativo, quienes hagan parte de las juntas o consejos a que se refiere el presente Decreto, a menos que se trate de la defensa de sus propios intereses o de las de su cónyuge e hijos menores.

Artículo 15o.- Aplicabilidad de las normas penales a los miembros de las juntas. Por cuanto ejercen funciones públicas y se hallan encargados de la prestación de un servicio público y del

manejo de fondos o rentas oficiales, a los miembros de las juntas o consejos que no tienen por este hecho la calidad de empleados públicos, les son aplicables las disposiciones del Título III del Código Penal sobre "Delitos contra la Administración Pública.

A quienes sí tengan la calidad de funcionarios o empleados públicos, se aplicarán las disposiciones penales previstas para éstos.

Artículo 14o.- De las incompatibilidades de los miembros de las juntas y de los gerentes o directores. Los miembros de las juntas o consejos directivos y los gerentes o directores no podrán, en relación con la entidad a la que prestan sus servicios y con las que hagan parte del sector administrativo al cual pertenece aquella:

a) Celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno;

b) Gestionar negocios propios o ajenos, salvo cuando contra ellos se entablen acciones por dichas entidades o se trate de reclamos por el cobro de impuestos o tasas que se hagan a los mismos, a su cónyuge o a sus hijos menores, o del cobro de prestaciones y salarios propios.

Las prohibiciones contenidas en el presente artículo regirán durante el ejercicio de las funciones y dentro del año siguiente al retiro de la entidad.

Tampoco podrán las mismas personas intervenir, por ningún motivo y en ningún tiempo, en negocios que hubieren conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones.

No queda cobijado por las incompatibilidades de que trata el presente artículo el uso que se haga de los bienes o servicios que la respectiva entidad ofrezca al público bajo condiciones comunes a quienes los soliciten.

Quienes como funcionarios o miembros de las juntas o consejos directivos de los organismos a que se refiere este artículo admitieren la intervención de cualquier persona afectada por las prohibiciones que en él se consagran, incurrirán en mala conducta y deberán ser sancionados de acuerdo con la ley.

Artículo 16o.- De la celebración indebida de contratos. Los gerentes o directores que, en ejercicio de sus funciones, celebren contrato con personas que se hallen inhabilitadas para ello por la Constitución o la ley, serán sancionadas con la destitución. La misma sanción se aplicará cuando el contrato se celebre con un pariente, dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad o civil, o con un socio, en sociedad distinta de la anónima, de quien designó al respectivo gerente o director.

(Subraya fuera de texto)

Sea del caso precisar que el artículo [11](#) de la Ley 80 de 1993, reza:

Artículo 11o.- De la competencia para dirigir licitaciones o concursos y para celebrar contratos estatales. En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2.

1o. La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, según el caso.

La expresión "Concurso" fue derogada por el art. [32](#) de la Ley 1150 de 2007.

2o. Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Nación, el Presidente de la

República.

3o. Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Entidad respectiva

a) Los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, el Presidente del Senado de la República, el Presidente de la Cámara de Representantes, los presidentes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, y el Registrador Nacional del Estado Civil.

b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capitales y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades.

NOTA: El numeral 1, 2 y 3, así como el literal a) y la expresión " los contralores departamentales, distritales y municipales" del literal b), fueron declarados EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante **Sentencia C-374 de 1994**.

c) Los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles. **Literal c) declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia, C-178 de 1996.**

Al respecto es preciso advertir que la norma en comentario no regula el tema de inhabilidades e incompatibilidades, ahora bien en lo referente a concursos la expresión fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

En este orden de ideas, de lo anteriormente expuesto, se puede concluir que los miembros de los consejos directivos o juntas directivas, no podrán participar en licitaciones o celebrar contratos, en relación a la entidad a la que prestan sus servicios y con las que integran el sector administrativo al cual pertenece dicha entidad. Esta inhabilidad para contratar se extenderá por el término de un año, contado a partir del retiro de la entidad a la cual prestan sus servicios.

En el mismo sentido, las inhabilidades referidas en los artículos [3o](#) y [4o](#) de la Ley 1474 de 2011, que corresponden a dos años, se aplican a ex servidores públicos y no se hacen extensivas a particulares que hayan integrado las juntas o consejos de una entidad pública; para estos se aplica la inhabilidad de un año para contratar señalada en el literal a) del numeral 2 del artículo [8o](#) de la Ley 80 de 1993 y la del artículo 10 del Decreto 128 de 1976.

No obstante, el hecho de que los miembros de los consejos directivos y asesores de establecimientos públicos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese sólo hecho la calidad de empleados públicos, existen consejeros nacionales y regionales, también en el SENA, que ostentan la calidad de servidores públicos, eventos en los cuales la inhabilidad para contratar se extiende al término de dos años precitado contados a partir del retiro de la entidad en los términos planteados, lo cual en lo referente al sector en el caso del SENA se aplica al "Sector Trabajo". Lo anterior de acuerdo con el artículo [4](#) de la Ley 1474 de 2011 adicionado como literal f) del numeral 2 del artículo [8o](#) de la Ley 80 de 1993, que cobija dentro de la inhabilidad a la persona que "directa o indirectamente" haya ejercido cargos en el nivel directivo.

En este sentido, retomando lo ya manifestado en el concepto referido, en el SENA tenemos la representación legal asignada al Director de la Entidad, a sus Directores Regionales y Subdirectores, en virtud de lo dispuesto en el artículo [8o](#) de la Ley 489 de 1998 en relación a la desconcentración administrativa en concordancia con el artículo [24o](#) del Decreto 249 de 2004. Es así como el titular de la Dirección, Subdirección o Director Regional es el responsable de dar a conocer su gestión, la toma de decisiones sobre los recursos, la ejecución de los mismos, el seguimiento y evaluación de las actividades desarrolladas y sus resultados, que hacen parte de la gestión pública, además de ser un deber constitucional como lo indican los artículos [103](#) y [270](#) de la carta fundamental. En consecuencia, no es viable que los miembros de la corporación participen en la ejecución contractual y las decisiones que tome la Administración, pues en ejercicio de sus funciones vigilan la gestión de acuerdo con lo establecido en el artículo [22](#) del Decreto 249 de 2004 ya referido en cuanto a los regionales ser refiere; en concordancia con el numeral 5 del artículo [24o](#) del Decreto 249 de 2004 según el cual el Director Regional dentro de sus funciones tiene la obligación de presentar al Consejo Regional el informe de evaluación del cumplimiento de metas e indicadores de gestión de los centros.

Conforme con lo dispuesto en el Decreto [249](#) de 2004, “por el cual se modifica la estructura del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA”, parágrafo 1o del artículo [2o](#), se tiene:

[...]

PARÁGRAFO 1o. Ninguna de las personas naturales que integran el Consejo Directivo Nacional podrá tener vinculación laboral o contractual con el SENA. La asistencia a las sesiones del Consejo Directivo, en ningún caso dará lugar al pago de honorarios, pero los gastos de desplazamiento, en el evento en que a ello haya lugar, podrán ser sufragados por el SENA”. (Subrayado fuera de texto).

-CONFLICTO DE INTERESES

Por considerarlo pertinente y necesario, se aborda el tema del conflicto de intereses. Se ha entendido que un conflicto de interés surge cuando un servidor público o particular que desempeña una función pública es influenciado en la realización de su trabajo por consideraciones personales. El conflicto de intereses es una institución de transparencia democrática que se produce en todo acto o negociación entre el Estado y un tercero, cuando entre este último y quien realiza o decide dicho acto y/o participa posteriormente en la administración, supervisión o control de los procesos derivados del mismo, existen relaciones de negocio, parentesco o afectividad, que hagan presumir la falta de independencia o imparcialidad, todo lo cual potencia la posibilidad de beneficiar directa o indirectamente, indebida e indistintamente a cualquiera de las partes relacionadas.^{[141](#)}

Se advierte un conflicto de intereses cuando el interés personal de quien ejerce una función pública colisiona con los deberes y obligaciones del cargo que desempeña.

La Constitución Política en su artículo [122](#) consagra, que ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben, y antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas. De igual forma, la Ley 190 de 1995, en su artículo [15](#), dispone:

[...] Será requisito para la posesión o para el ejercicio de función pública suministrar la información sobre la actividad económica privada del aspirante. En ella se incluirá la

participación en sociedades o en cualquier organización o actividad privada de carácter económico o sin ánimo de lucro de la 10 Cartilla de Administración Pública - Conflictos de interés de servidores públicos - cual haga parte, dentro o fuera del país. Todo cambio que se produzca, deberá ser comunicado a la respectiva entidad dentro de los dos (2) meses siguientes al mismo.

La Corte Constitucional, Sentencia C-181 del 12 de marzo de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en cuanto al análisis del tema de relacionado con que los consejeros por ostentar tal calidad no se convierten en servidores públicos, señala lo siguiente:

(...) Ahora bien, la circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su estatus de particulares ni los convierte por ese hecho en servidores públicos. El inciso primero del artículo [123](#) de la Constitución es claro al reservar tal denominación para "los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

(...) Cuando se asigna al particular el cumplimiento de una función pública, éste adquiere la condición de un sujeto cualificado, en la medida en que se amplifica su capacidad jurídica, sin que por ello deje de ser un particular. En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador. (Sentencia C-563 de 1998) (Subraya y negrilla fuera de texto)

En este orden de ideas, al establecer la existencia de cualquier conducta en la que pueda presentarse un conflicto de intereses en el desempeño de las funciones asignadas, deberán tomarse las medidas conducentes a prevenir cualquier actuación que implique parcialidad y corrupción, o proceder a sancionar a quien incurra en uno de esos actos sin declararse impedido para actuar, concretando la conducta en detrimento de los principios constitucionales que orientan la función pública.

El Departamento Administrativo de la Función Pública ha establecido los siguientes como elementos del conflicto de interés:

- Tener un interés particular y directo sobre la regulación, gestión, control o decisión del asunto.
- Que dicho interés lo tenga alguna de las personas que interviene o actúa en su condición de empleado público (o particular que ejerce funciones públicas) conforme a lo regulado en la normativa vigente.
- Que no se presente declaración de impedimento para actuar en el mismo, por parte del empleado público

En el mismo sentido, se advirtieron como características de este conflicto:

- Implica una confrontación entre el deber público y los intereses privados del servidor (o particular que ejerce funciones públicas), es decir, éste tiene intereses personales que podrían influenciar negativamente sobre el desempeño de sus deberes y responsabilidades.
- Mediante el régimen de conflictos de intereses se busca preservar la independencia de criterio y el principio de equidad de quien ejerce una función pública^[5], evitando que su interés particular

afecte la realización del fin al que debe estar destinada la actividad del Estado.

- Debe estar previsto dentro de un marco normativo.
- Los Conflictos de Intereses son inevitables y no se pueden prohibir, ya que todo servidor público tiene familiares y amigos que eventualmente podrían tener relación con las decisiones o acciones de su trabajo.
- Genera ocurrencia de actuaciones fraudulentas o corruptas.
- Afecta el normal funcionamiento de la administración pública Genera desconfianza en el quehacer público.
- Un conflicto de interés puede ser detectado, informado y desarticulado voluntariamente, antes que, con ocasión de su existencia, se provoquen irregularidades o corrupción.
- Puede involucrar a cualquier servidor público o a un particular que desempeñe funciones públicas, no obstante, generalmente las mayores implicancias ocurren con los cargos de más alto nivel que tiene toma de decisiones, ejercer jurisdicción o manejo.

La Ley [734](#) de 2002, “por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, señala:

Artículo 54o. INHABILIDADES, IMPEDIMENTOS, INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTO DE INTERESES. Constituyen inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y violación al régimen de conflicto de intereses, para los particulares que ejerzan funciones públicas, las siguientes:

1. Las derivadas de sentencias o fallos judiciales o disciplinarios de suspensión o exclusión del ejercicio de su profesión.
2. Las contempladas en los artículos 8o de la Ley 80 de 1993 y 113 de la Ley 489 de 1998, o en las normas que los modifiquen o complementen.
3. (...) Las previstas en la Constitución, la ley y decretos, referidas a la función pública que el particular deba cumplir. (Subraya fuera de texto)

En concordancia con lo anterior la a Ley [1437](#) de 2011, o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone:

Artículo 11. Conflictos de interés y causales de impedimento y recusación. Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.
2. Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.

3. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes arriba indicados, curador o tutor de persona interesada en el asunto.
4. Ser alguno de los interesados en la actuación administrativa: representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público.
5. Existir litigio o controversia ante autoridades administrativas o jurisdiccionales entre el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, y cualquiera de los interesados en la actuación, su representante o apoderado.
6. Haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, antes de iniciarse la actuación administrativa; o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal. 18 Cartilla de Administración Pública - Conflictos de interés de servidores públicos – 7. Haber formulado el servidor, su cónyuge, compañero permanente o pariente
7. Haber formulado el servidor, su cónyuge, compañero permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, denuncia penal contra una de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal.
8. Existir enemistad grave por hechos ajenos a la actuación administrativa, o amistad entrañable entre el servidor y alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado.
9. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima.
10. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas.
11. Haber dado el servidor consejo o concepto por fuera de la actuación administrativa sobre las cuestiones materia de la misma, o haber intervenido en esta como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo. Sin embargo, no tendrán el carácter de concepto las referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la administración.
12. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa.
13. Tener el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, decisión administrativa pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe resolver.
14. Haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas

o integradas también por el interesado en el período electoral coincidente con la actuación administrativa o en alguno de los dos períodos anteriores.

15. Haber sido recomendado por el interesado en la actuación para llegar al cargo que ocupa el servidor público o haber sido señalado por este como referencia con el mismo fin.

16. Dentro del año anterior, haber tenido interés directo o haber actuado como representante, asesor, presidente, gerente, director, miembro de Junta Directiva o socio de gremio, sindicato, sociedad, asociación o grupo social o económico interesado en el asunto objeto de definición.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Planeta, en sentencia con Radicado No. 25000-23-15-000-2010-001610-01 del 17 de marzo de 2011, señaló:

[...] Según la jurisprudencia de esta Sala, el interés que genera el conflicto debe ser directo, es decir que la decisión debe redundar en beneficio del servidor público en forma inmediata, esto es, sin necesidad de que medien circunstancias o elementos externos a la misma; que se produzca un beneficio especial, particular y concreto en favor suyo, de su cónyuge o de un pariente; y que además no se manifieste el impedimento por esa situación personal o familiar en el trámite del asunto, tal como lo ha señalado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, al pronunciarse de fondo en procesos de pérdida de investidura de los congresistas. Así por ejemplo, en la sentencia de 20 de noviembre de 2001, exp. núm. IP- 0130, Consejero Ponente, Dr. Germán Rodríguez Villamizar, la Sala señaló:

"Por consiguiente, el conflicto de interés se presenta cuando el congresista se ve afectado por alguna situación de orden moral o económico que le impide tomar parte en el trámite o decisión de algún asunto sometido a su consideración, de tal manera que rompería la imparcialidad e independencia para atender su propia conveniencia o beneficio personal, o el de su cónyuge o compañero permanente, el de sus socios, o el de sus parientes en los grados antes señalados."

En el mismo sentido, también el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto No. 1903 de fecha 15 de mayo de 2008, dispuso:

[...] **El conflicto de intereses:** Es una institución de transparencia democrática que por su alcance y fundamento debe analizarse en forma concreta.

2.1 Noción. En términos generales es aquella cualidad de concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la decisión a tomar y obliga a declararse impedido a quien deba tomarla.

2.2 Finalidad. El instituto del conflicto de intereses trata de impedir que prevalezca el interés privado del congresista sobre los intereses públicos, el cual, prevalido de su influencia, podría obtener provechos indebidos para sí o para terceros, es decir, evitar favorecer intereses que no sean los relativos al bien común o que la imparcialidad de sus decisiones se comprometa y distorsione por motivos. Sobre las situaciones que puedan derivarse de un conflicto de interés, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto 1903 de mayo 15 de 2008 dispuso frente a los impedimentos de congresistas lo siguiente: 2 Sentencia con Radicación núm.: 440012331000200400684-01 del 27 de enero de 2005, 32 Cartilla de Administración Pública - Conflictos de interés de servidores públicos - personales o particulares. Se trata así de un asunto inherente al fuero interno del congresista, a un aspecto esencialmente subjetivo, el que de existir y no ser manifestado conforme al reglamento, da lugar a la recusación.

2.3 Fundamento. De allí que el fundamento del impedimento radica en que: a) el conflicto de interés afecta la transparencia de la decisión - para el caso, la motivación del voto -. En efecto, en toda decisión siempre debe haber, en forma inequívoca, un solo interés: el interés general de la ley. Por tanto, en caso de conflicto se mezclan el interés privado y el público, con lo cual queda en duda cuál fue el interés dominante. b) En que el impedimento evita que la decisión sea determinada por el interés particular en detrimento del interés público. **2.4 Necesidad de análisis en cada caso particular:** La Sala estima conveniente advertir que el tema, de por sí complejo, requiere para su tratamiento del análisis de cada caso concreto, pues la conducta humana admite de manera necesaria matices y, por tanto, el instituto del conflicto de intereses, al ser del resorte del fuero interno, debe ser valorado con especial cuidado para no vulnerar los derechos del congresista o hacer inanes los alcances de la ley. (Subraya fuera de texto)

En consecuencia, el servidor público o quien ejerce funciones públicas, en el transcurso de su desempeño puede encontrar un conflicto de intereses, concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la decisión a tomar y obliga a declararse impedido a quien deba tomarla, escenario en el cual debe declararse impedido o ser recusado por un tercero que lo aparte del conocimiento del asunto que genera el conflicto en comento.

Así si el servidor se encuentra desempeñando actividades que pudieran ser una situación de conflicto de intereses, debe renunciar a tales actividades como condición previa para asumir el cargo, o abstenerse de tomar intervención, durante su gestión, en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado o cuando, durante su gestión se presente un supuesto en el que pudiera configurarse un conflicto de intereses, tiene la obligación de excusarse de intervenir.

Entre los miembros de los consejos directivos podemos encontrar servidores públicos y particulares. Recordemos que los miembros particulares de las juntas o consejos directivos por el hecho de su pertenencia a los mismos no se convierten en servidores públicos pero sí conservan su calidad de particulares que cumplen funciones públicas por dirigir un organismo público. Así las cosas, se ha considerado que el régimen disciplinario señalado en la Ley [734](#) de 2002, es aplicable a dichos miembros particulares.

En todo caso, si existe una duda razonable frente a la existencia de un posible conflicto de intereses, dadas las consecuencias de continuar actuando o tomar decisiones dentro del asunto, lo recomendable es declararse impedido, con el fin de separarse del conocimiento del asunto y así garantizar la transparencia de la actuación y evitar la sanción ocasionada por actuar sin poder hacerlo. Es del caso señalar como los servidores (quien ejerce funciones públicas en los términos señalados por la Función Pública y que fueron precitados) que hubieren actuado incumpliendo sus deberes éticos, serán sancionados disciplinariamente y penalmente cuando a ello hubiere lugar.

En el ejercicio de sus funciones, los miembros de los consejos directivos permanentemente deben tomar decisiones muy variadas y con repercusiones de diferente índole, razón por la cual, se exigen ciertas calidades para el ejercicio del cargo y se establecen ciertas prohibiciones, pues no están exentos de que en algunas oportunidades sus intereses particulares o familiares puedan estar inmiscuidos en las decisiones que deben adoptar. El régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, es un marco normativo aplicable a los consejeros, en procura de garantizar la moralidad y la transparencia de las decisiones del cuerpo colegiado.

CONCLUSIONES.

De conformidad con lo anteriormente expuesto en concordancia con los conceptos rendidos dentro el asunto, tenemos:

-La dirección y administración de los establecimientos públicos está a cargo de un Consejo Directivo y de un Director, Gerente o Presidente (Artículo [72o](#), Ley 489 de 1998). El Consejo Directivo de los establecimientos públicos se integrará en la forma que determine el respectivo acto de creación (Artículo [73o](#), Ley 489 de 1998). El Consejo Directivo es la máxima autoridad, cuyas decisiones las ejecuta el director, gerente o presidente del establecimiento público

-Los integrantes de los consejos directivos, que tengan la calidad de empleados públicos, estarán sujetos a los impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades establecidas por la Ley y los estatutos, así como las disposiciones aplicables a los miembros de juntas o consejos directivos de las instituciones estatales u oficiales. Dichos miembros son responsables de las decisiones que se adopten en razón de las funciones públicas que desempeñan. El régimen aplicable es el contenido en la ley que rige a todos los miembros de juntas o consejos de instituciones estatales y oficiales; y también están sujetos a un régimen especial que es el que se contemple en los estatutos de cada entidad.

-Son INHABILIDADAES e INCOMPATIBILIDADES de los consejeros, y por lo tanto no podrán:

- 1) Participar en licitaciones ni celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno con la entidad en la que prestan sus servicios y con las que hagan parte del sector administrativo al cual pertenece aquella.
- 2) Ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado.
- 3) Durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece.
- 4) Ejercer la profesión de abogado contra la entidad en que presta sus servicios y las entidades del respectivo sector administrativo a que pertenece aquella, a menos que se trate de la defensa de sus propios intereses o de las de su cónyuge e hijos menores.
- 5) Gestionar negocios propios o ajenos, en relación con la entidad a la que prestan sus servicios y con las que hagan parte del sector administrativo al cual pertenece aquella, salvo cuando contra ellos se entablen acciones por dichas entidades o se trate de reclamos por el cobro de impuestos o tasas que se hagan a los mismos, a su cónyuge o a sus hijos menores, o del cobro de prestaciones y salarios propios.
- 6) Intervenir, por ningún motivo y en ningún tiempo, en negocios que hubieren conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones.
- 7) Admitir la intervención de personas afectadas por las prohibiciones a que alude el artículo 14 del Decreto 128 de 1976, vale decir, personas inhabilitadas para celebrar contratos o gestionar negocios propios o ajenos estando inhabilitadas.

-Con ocasión de lo dispuesto en los artículos [3o](#) y [4o](#) de la Ley 1474 de 2011, los consejeros del SENA que a la vez ostenten la calidad de servidores públicos, la inhabilidad para contratar se extenderá por el término de dos años, contados a partir de su retiro, cuando el objeto que

desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios, en este caso sería el “Sector Trabajo” al cual pertenece el SENA. En otras palabras, las inhabilidades e incompatibilidades de los consejeros y miembros de juntas directivas regirán durante el ejercicio de las funciones y dentro del año siguiente al retiro de la entidad, para los consejeros particulares, y de dos años, para los consejeros que hubieren ostentado la calidad de servidores públicos^[6].

- Excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades de los consejeros.

1) Los consejeros que a su vez ostenten la calidad de representantes legales de entidades sin ánimo de lucro (corporaciones, asociaciones, fundaciones, sindicatos, federación, gremios) y que por mandato legal o estatutario o en virtud de su cargo hagan parte de juntas o consejos directivos, no están inhabilitados para participar en licitaciones y celebrar contratos, pero en todo caso no podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado, tal como lo prohíbe el artículo 113 de la Ley 489 de 1998.

2) Los consejeros o miembros de juntas directivas no están inhabilitados para adquirir bienes o servicios que la respectiva entidad ofrezca al público bajo condiciones comunes a quienes los soliciten.

3) Los consejeros o miembros de juntas directivas no están inhabilitados para adquirir acciones, cuando el Estado en aras de democratizar la propiedad, ofrezca a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria.

En este aspecto, se concluyó en el concepto del 13 de junio de la pasada anualidad:

[...] Es necesario precisar que las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades de los consejeros deben entenderse en el sentido de que el mero hecho de integrar el consejo directivo no lo inhabilita para participar en licitaciones o contratar, cuando quiera que por mandato legal o estatutario de la entidad sin ánimo de lucro deba hacerlo en nombre de dicha entidad, frente a la cual, sobra decirlo, no está de por medio un fin lucrativo que le pueda restar transparencia al proceso licitatorio o contractual. No obstante, los consejeros están impedidos para ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado, esto en virtud de que no pueden ser juez y parte en un mismo proceso, tal como lo prohíbe el artículo [113](#) de la Ley 489 de 1998.

En el evento que un consejero sea a su vez representante legal de una entidad sin ánimo de lucro y deba intervenir en la decisión, aprobación o financiación de un programa o proyecto que luego sería ejecutado por la entidad sin ánimo de lucro que él representa, deberá declararse impedido, por cuanto en virtud de lo dispuesto en el artículo [113](#) de la Ley 489 de 1998, posterior a la Ley [80](#) de 1993, le está vedado ser ejecutor de las decisiones en cuya regulación y adopción haya participado. De ese impedimento y su aceptación o rechazo debe quedar constancia en la respectiva acta que levante el Consejo Directivo Regional.

Estas excepciones a las inhabilidades de los consejeros, no se extiende a los familiares ni al cónyuge o compañera (o) permanente del consejero que pretendan participar en licitaciones o celebrar contrato, por cuanto el consejero actúa por mandato legal o estatutario en representación de una entidad sin ánimo de lucro, y esa situación no cobija a sus familiares ni a su cónyuge o compañera (o) permanente.

No sobra agregar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 160 del Decreto 128 de 1976, el gerente o director que en ejercicio de sus funciones celebre contrato con personas que se hallen inhabilitadas conforme a la Constitución o la ley, será sancionado con la destitución.

Con fundamento en el artículo 10o de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el artículo 113 de la Ley 489 de 1998 precitados, los gremios entendidos como entidades sin ánimo de lucro y representados por consejeros ante el Consejo Directivo, se constituyen en una excepción a las inhabilidades e incompatibilidades expuestas, permitiendo a los consejeros ejercer sus funciones en el Consejo Directivo Nacional en tal sentido.

-Responsabilidad de los consejeros

1) Son deberes de los consejeros:

- Respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes y los estatutos de la entidad.
- Desempeñar sus funciones con eficiencia e imparcialidad.
- Guardar en reserva los asuntos que conozcan en razón de sus funciones y que por su naturaleza no deban divulgarse.
- Respetar el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones a que se refiere el Decreto 128 de 1976.

2) Está prohibido a los consejeros:

- a. Aceptar, sin permiso del Gobierno, cargos, mercedes, invitaciones o cualquier clase de prebendas provenientes de entidades o Gobiernos extranjeros.
- b. Solicitar o recibir, directamente o por interpuesta persona, gratificaciones, dádivas o recompensas como retribución por actos inherentes a su cargo;
- c. Solicitar o aceptar comisiones en dinero o en especie por concepto de adquisición de bienes y servicios para el organismo.
- d. Prestar servicios profesionales a la entidad o a la del sector administrativo a que pertenezca aquella durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, para los particulares, y dentro de los dos años siguientes para los que tenga la calidad de servidores públicos.
- e. Designar para empleos en la entidad a su cónyuge o familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
- f. Actuar en calidad de abogado contra la entidad en la que ejerce sus funciones y las que conformen el sector administrativo, a menos que se trate de la defensa de sus propios intereses o de las de su cónyuge e hijos menores.
- g. Las señaladas en el artículo 35 de la Ley 734 de 2002-Código Disciplinario Único, en lo que respecta a las prohibiciones indicadas en los numerales 7, 8 y 9, se tiene prevista como sanción la causal de destitución, dando lugar como consecuencia a una inhabilidad permanente para desempeñar cargos públicos.
- h. Ejecutar funciones públicas distintas de las que legalmente les corresponden.

3) Los consejeros en ejercicio de sus funciones asumen responsabilidad de tipo penal y disciplinaria^[7], entre ellas, por tráfico de influencias, revelación de secretos, abuso de funciones y en caso de violación de las prohibiciones a que alude el artículo 9o del Decreto 128 de 1976 serán destituidos. En razón de la función que cumplen son investigados en materia disciplinaria por la Procuraduría General de la Nación y en materia penal por la Fiscalía General de la Nación.^[8]

4) En virtud del artículo [102](#) de la Ley 489 de 1998, los consejeros están sujetos a las responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen.

5) Los miembros del consejo directivo asumen la responsabilidad por los asuntos que sean sometidos a su consideración y aprobación. Por su parte el Director, los Directores Regionales y Subdirectores, en el SENA, serán responsables por la ejecución de las decisiones del consejo directivo, cuando quiera que violen el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones o conflicto de intereses establecidos en la Constitución, las leyes o reglamentos, o no se declare impedido para actuar a sabiendas de la irregularidad.

El Director, los Directores Regionales y del Distrito Capital y Subdirectores de Centro en el SENA, son los representantes legales de la entidad en las respectiva jurisdicción y responden por el desarrollo de las funciones atribuidas o delegadas; así como por la ejecución de las decisiones tomadas por el Consejo Directivo Nacional o Regional, en virtud de lo dispuesto en los artículos [8o](#) de la Ley 489 de 1998 y [24](#) del Decreto 249 de 2004, por lo tanto están sujeto al control de gestión.

6) De conformidad con lo establecido en el artículo [26o](#) de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación, la responsabilidad en la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección, corresponde al jefe o representante de la entidad estatal, que para el caso objeto de la consulta correspondería al Director de la Entidad, al respectivo Director Regional o al Subdirector de Centro, quien no podrá trasladarla al consejo directivo nacional ni al regional o a los comités asesores.

El Código Disciplinario Único-Ley 734 de 2002^[9], en su artículo [48](#) numeral 30 establece como falta gravísima que puede dar lugar a destitución: el hecho de intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordial saludo,

Carlos Emilio Burbano Barrera

Coordinador

Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa

Dirección Jurídica - Dirección General

NOTAS AL FINAL

1. Departamento Administrativo de la Función Pública. Inhabilidades e Incompatibilidades de los servidores públicos. 2011.

2. Artículo [6o](#). Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

3. Corte Constitucional, Sentencia C-181 del 12 de marzo de 2002. M.P Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. (...) Ahora bien, la circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su estatus de particulares ni los convierte por ese hecho- en servidores públicos. El inciso primero del artículo [123](#) de la Constitución es claro al reservar tal denominación para "los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. (...) Cuando se asigna al particular el cumplimiento de una función pública, éste adquiere la condición de un sujeto cualificado, en la medida en que se amplifica su capacidad jurídica, sin que por ello deje de ser un particular. En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador. (Sentencia C-563 de 1998)

4. Departamento Administrativo de la Función Pública. Guía de Administración Pública Conflictos de interés de servidores públicos. 2016.

5. Departamento Administrativo de la Función Pública. 2016. Se entiende por “función pública” a toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio del Estado o de sus entidades, en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado. Este amplio enfoque incluye a toda persona que realiza o contribuye a que se realicen funciones propias de la administración, incluyendo a los particulares cuando ejercen funciones públicas.

6. Concepto SENA. Rad. No. 8-2016-[004904](#) del 10 de febrero de 2016, remitido a Fermín Beltrán Barragán, Subdirector Centro de la Industria, la Empresa y los Servicios del SENA Regional Huila. En el concepto se precisó lo siguiente: “(...) Es menester aclarar que la inhabilidad de dos (2) años establecida en los artículos [3o](#) y [4o](#) de la Ley 1474 de 2011 rige para los ex servidores públicos que directa o indirectamente hayan ejercido cargos en el nivel directivo de las entidades del Estado y las sociedades que hagan parte o estén vinculados a cualquier título, cuando el objeto del contrato tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. // Dado que esas inhabilidades de dos (2) años están referidas a ex servidores públicos, las mismas no se pueden hacer extensivas a los particulares que hayan integrado las juntas directivas o consejos directivos de una entidad del Estado, frente a los cuales regirá la inhabilidad de un (1) año para contratar, contado a partir de su retiro, a que se refiere el literal a) del numeral 2 del artículo [8o](#) de la Ley 80 de 1993 y el artículo 10o del Decreto 128 de 1976”.

7. En materia penal y disciplinaria la responsabilidad es individual y no solidaria. Por tal

motivo los miembros del consejo directivo podrán ser investigados y sancionados individualmente en el evento en que lleguen a violar el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones.

8. De acuerdo con el Código Disciplinario Único-Ley 734 de 2002 (art. [52](#)) y el Código Penal- Ley [906](#) de 2004

9. Ley 734 de 2002-CDU Artículo [48](#). Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: (...) // 30. Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

