

CONCEPTO 104386 DE 2021

(diciembre 28)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXX

DE: XXXXXXXXXXXX, Coordinadora Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa 1-0014

ASUNTO: Concepto inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses -participación en Consejo Directivo fondo- cuenta- Excepciones

Mediante comunicación electrónica de fecha 24 de diciembre de 2021 radicada con el número 41-9-2021-012647 solicita se precise si es viable la participación del Director Regional en el Fondo para el Emprendimiento y la Innovación creado por la Asamblea departamental del Huila mediante Acuerdo 005 de 2021 y en virtud a las expresas funciones de disposición y autorización del gasto, otorgadas a los miembros del Consejo Directivo del Fondo para el Emprendimiento y la Innovación, las que considera incompatibles con la calidad de servidor público como Director del SENA Regional Huila, de conformidad a lo consagrado en el literal f) del artículo [8](#) de la Ley 80 de 1993.

#### ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

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.

#### PRECEDENTES NORMATIVOS

##### 1o. Servidores Públicos

La Constitución Política señala en su artículo [123](#) que “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios... La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”

La misma Constitución en su artículo [127](#) establece que 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.

##### 2o. Código Disciplinario Único – Sujetos Disciplinables

La Ley [734](#) de 2002[1], actualmente vigente, por la cual se expidió el Código Disciplinario

Único señala quiénes tienen la calidad de sujetos disciplinables:

“Artículo [25](#). Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo [53](#) del Libro Tercero de este código.

Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código.

Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo [38](#) de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria”

### 3o. Inhabilidades e Incompatibilidades

Las inhabilidades e incompatibilidades son aquellas situaciones objetivas o subjetivas que comportan una prohibición legal a determinadas personas para contratar con el Estado (Ver Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado - Concepto 1097 del 29 de abril de 1998).

De igual manera, las inhabilidades son “aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público y, en ciertos casos, impiden que la persona que ya viene vinculada al servicio público continúe en él” (Ver Corte Constitucional Sentencia C-015 de 2004).

Sobre las inhabilidades para contratar el artículo [8](#) de la Ley 80 de 1993 o Estatuto de Contratación de la Administración Pública establece:

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

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

a. Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.

(...)

f. Los servidores públicos

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

(...)

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.

(...)”.

El artículo [10](#) ejusdem prevé:

“ARTÍCULO [10](#). 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”. (Negritas y subrayado fuera de texto)

En relación con las inhabilidades e incompatibilidades, la Ley [734](#) de 2002 dispone:

“ARTÍCULO [36](#). Incorporación de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses. Se entienden incorporadas a este código las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses señalados en la Constitución y en la ley”.

#### 4o. Conflicto de Intereses

La Ley [734](#) de 2002 o Código Disciplinario Único, frente al conflicto de intereses y a los sujetos disciplinables, señala:

“ARTÍCULO [40](#). CONFLICTO DE INTERESES. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos 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]

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido”. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Sobre el conflicto de intereses, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto 1572 de 2004 con ponencia del consejero Flavio Rodríguez Arce expresó:

“(…) 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 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”.[3] (negritas fuera de texto).

5o. Régimen de los miembros de las juntas o consejos directivos y representantes legales de entidades descentralizadas

Ahora bien, mediante el Decreto Ley 128 de 1976 se dictó el estatuto de inhabilidades e incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas o consejos directivos y gerentes, presidentes o directores de las entidades descentralizadas, de las cuales hacen parte los establecimientos públicos.

El artículo 1o ut supra señala:

“ARTÍCULO 1o.- Del campo de aplicación. Las normas del presente Decreto son aplicables a los miembros de las juntas o consejos directivos de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o 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 a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos...”

El artículo 6o del Decreto 128 de 1976 establece:

“ARTÍCULO 6o.- De los delegados oficiales ante las juntas o consejos. Los Ministros, jefes de departamento administrativo y demás autoridades Nacionales que puedan acreditar delegados suyos para formar parte de juntas o consejos directivos lo harán mediante la designación de funcionarios de sus correspondientes reparticiones administrativas o de organismos adscritos o vinculados a su despacho.

Cuando se trate de juntas o entidades cuyo domicilio no sea la ciudad de Bogotá o de consejos seccionales o locales, designarán a las personas a que se refiere el inciso anterior o a funcionarios del departamento o de organismos adscritos o vinculados a éste, previa consulta con el respectivo Gobernador”.[4]

El artículo 14 del precitado Decreto dispone:

“Artículo 14.- 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”. (Negrillas y subrayado fuera de texto)

El artículo 16 del Decreto ley 128 de 1976 prescribe:

“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”.

Por su parte, el artículo [102](#) de la Ley 489 de 1998 “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo [189](#) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, prevé:

“ARTICULO [79](#). REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS MIEMBROS DE LOS CONSEJOS Y DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. Además de lo dispuesto en la Constitución Política sobre inhabilidades de los congresistas, diputados y concejales, para ser miembro de los consejos directivos, director, gerente o presidente de los establecimientos públicos, se tendrán en cuenta las prohibiciones, incompatibilidades y sanciones previstas en el Decreto-ley 128 de 1976, la Ley [80](#) de 1993 y demás normas concordantes que las modifiquen o sustituyan”.

“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”.

#### 6o. Principios de la contratación estatal

La Ley [80](#) de 1993 consagra los principios que deben regir la contratación estatal, entre ellos, se destaca el Principio de Responsabilidad:

“ARTÍCULO [23](#). DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. 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. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”. (Subrayado fuera de texto)

“ARTÍCULO [26](#). DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio:

(...)

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

#### ANÁLISIS

De las normas antes señaladas encontramos:

- Los miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas del orden nacional o territorial, trátese de servidores públicos o particulares que hagan parte de esas juntas o consejos, estarán sujetos al régimen de impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses establecidos en la ley.

- Los miembros de juntas o consejos directivos no están inhabilitados para adquirir bienes o servicios que la respectiva entidad ofrezca al público bajo condiciones comunes a quienes los soliciten.

- Los contratos o convenios que celebren las entidades estatales y que suscriben sus representantes legales quienes, si bien tienen el carácter de servidores públicos, no los suscriben en su condición de tales, sino en nombre y representación de las entidades u organismos que representan.

Pues bien, la junta o consejo directivo de las diferentes entidades descentralizadas es un órgano de dirección y administración, y en tal carácter ejerce la orientación de la actividad que le es propia a la respectiva entidad dentro de la autonomía administrativa con que cuenta, según la ley y de acuerdo con las disposiciones de su estatuto orgánico y con las de los estatutos internos o reglamentos administrativos dictados por el gobierno o por el mismo órgano directivo.

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto 2045 de 2019 señaló:

“ (...)

En efecto, es importante recordar, en primer lugar, que las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas, si bien son Órganos de dirección y administración que forman parte de la estructura de dichas entidades, no ejercen sus funciones públicas de manera permanente, sino periódica u ocasional, esto es, cada vez que se reúnen, ya sea en sesiones ordinarias o extraordinarias.

Lo anterior implica que los particulares y los servidores públicos que forman parte de dichas juntas o consejos, aunque mantengan esa calidad de manera indefinida (por ejemplo, hasta que sean sustituidos) o por un periodo determinado, según el caso, no ejercen tampoco funciones públicas de modo permanente, en lo que concierne a dicho consejo o junta directivo. Se aclara lo anterior pues no sobra recordar que los integrantes de dichos cuerpos colegiados que sean servidores públicos cumplen funciones públicas de modo permanente, pero no por su pertenencia a la junta o consejo, sino en virtud de los respectivos cargos que ejerzan previamente (ministro, viceministro, director de departamento administrativo, presidente de una entidad descentralizada etc.).

En efecto, debe tenerse en cuenta que tales personas solo pueden ejercer las funciones públicas que la ley les ordena cumplir como miembros de la junta o el consejo directivo: (i) en forma colectiva, es decir, en conjunto con los demás integrantes; (ii) durante el tiempo en que se reúne la junta o el consejo respectivo; (iii) Únicamente en relación con la entidad o las entidades de cuyo consejo o junta directiva formen parte, y (iv) solo para tratar los asuntos y adoptar las decisiones que son competencia de dicho órgano administrativo.

Esta es la razón por la que el artículo 19 del Decreto Ley 128 de 1976 les prohíbe expresamente ejercer o inmiscuirse en otras funciones públicas distintas de las que legalmente les correspondan, inclusive si esas funciones tienen que ver con la misma entidad descentralizada (pero que sean competencia de órganos o funcionarios distintos).

Por la misma razón, los particulares que son parte de dichos consejos o juntas directivas no están sujetos a un deber de exclusividad, ni en relación con la entidad descentralizada respectiva, ni frente al Estado, en general, como se deduce de la regulación contenida en el citado decreto, al cual remite el artículo [102](#) de la Ley 489 de 1998, sino que tales personas pueden, por regla general, ejercer su profesión u oficio, ocupar cargos o empleos privados, celebrar negocios y realizar actividades económicas particulares, con excepción de los negocios, asuntos y actividades expresamente prohibidas por el Decreto Ley 128 de 1976 o por otras normas legales o con fuerza de ley que sean aplicables”.

Ahora, tal como antes se indicó, debemos recordar que sobre las inhabilidades para contratar el artículo [8](#) de la Ley 80 de 1993 o Estatuto de Contratación de la Administración Pública dispone:

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

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

a. Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.

(...)

f. Los servidores públicos

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

(...)

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.

A su turno, el artículo [10](#) de la Ley 80 de 1993 establece:

“ARTÍCULO [10](#). 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”. (Negrillas y subrayado fuera de texto)

En este sentido, cabe reiterar lo expuesto por el Grupo de Conceptos y Producción Normativa de la Dirección Jurídica del SENA, en Concepto [57796](#) de 2017, en relación con las inhabilidades e incompatibilidades de los miembros del Consejo Directivo del SENA, concepto que se indicó en el oficio a que antes se hizo mención:

“(…) 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 litaciones 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 [10](#) 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”. (Subrayado fuera del texto)

De otra parte, el artículo [26](#) ejusdem prevé:

“ARTÍCULO [26](#)o.- DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio:

(...)

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”.

## CASO CONCRETO - CONCLUSIÓN

En el caso objeto de consulta se señala que la Asamblea del departamento del Huila mediante ordenanza creó el Fondo de Emprendimiento e Innovación, como un fondo cuenta adscrito y administrado por el Instituto Financiero para el Desarrollo del Huila (INFIHUILA).

El Gobernador del Huila, mediante decreto creó y adoptó el Reglamento del Fondo de Emprendimiento e Innovación creado por la Asamblea departamental, en el cual se estableció la

integración y las funciones del Consejo Directivo del Fondo, así como las funciones del administrador.

En este orden de ideas, y conforme con la información suministrada, se observa que el Fondo de Emprendimiento e Innovación es una cuenta especial sin personería jurídica[5], es decir, no es una persona jurídica, cuya administración corresponde al Instituto Financiero para el Desarrollo del Huila (INFIHUILA), lo que significa que los contratos que se celebren en relación con el mismo, se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – leyes 80 de 1983, [1150](#) de 2007 y decreto [1082](#) de 2015, por la sencilla razón de que tales procesos contractuales estarán a cargo del mencionado Instituto. Los contratos que celebre el Instituto serán suscritos por su representante legal o por los servidores públicos en que se hubiese delegado dicha facultad.

Al respecto, debemos recordar que la responsabilidad de los procesos de contratación está atribuida por la ley al jefe o representante de la entidad estatal o en los servidores públicos en quien se hubiese delegado tal facultad, sin que pueda trasladarse a las juntas o consejos directivos, tal como lo prevé el artículo [23](#) de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, en su comunicación expresa que en virtud de las expresas funciones de disposición y autorización del gasto, no considera viable su participación como miembro del Consejo Directivo del Fondo de Emprendimiento e Innovación, pues a su juicio, las considera incompatibles en su calidad de servidor público dado el cargo que ejerce como Director del SENA Regional Huila, de conformidad con lo consagrado en el literal f) del artículo [8](#) de la Ley 80 de 199

Sobre el particular cabe señalar que examinadas las funciones del Consejo Directivo del Fondo de Emprendimiento e Innovación previstas en el artículo 8o del Decreto 433 de 2021 expedido por el Gobernador del Huila no se infiere que los miembros del Consejo Directivo tengan asignada la función de ordenación del gasto o la celebración de contratos, con mayor razón cuando dicho Fondo no tiene personería jurídica, pues dicha competencia está atribuida al Instituto Financiero para el Desarrollo del Huila (INFIHUILA), designado como administrador del fondo cuenta adscrito a dicho instituto, el cual tiene, entre otras funciones, “2. Administrar los recursos del FONDO DE EMPRENDIMIENTO E INNOVACIÓN bajo estrictos criterios de eficiencia, eficacia y transparencia” y “3. Suscribir los negocios jurídicos que se originen en la ejecución de FONDO DE EMPRENDIMIENTO E INNOVACIÓN, previa aprobación por el órgano competente”, según lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 433 de 2021.

En el evento que el administrador del fondo cuenta, uno de cuyos miembros es el Director Regional del SENA, celebre contratos con el SENA, a nuestro juicio no se presentaría inhabilidad o incompatibilidad, toda vez que se haría en virtud de una obligación legal, y por lo tanto, estarían exceptuados de las inhabilidades contempladas en la Ley [80](#) de 1993, como ha quedado señalado.

No obstante, en el caso de que el Director Regional del SENA como miembro del consejo directivo del fondo cuenta denominado FONDO DE EMPRENDIMIENTO E INNOVACIÓN deba intervenir en la decisión, aprobación o financiación de un programa o proyecto que luego deba ser ejecutado por el SENA, estimamos que 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 del Fondo de Emprendimiento e Innovación.

De igual manera, los servidores públicos o los particulares que ejerzan funciones públicas deberán declararse impedidos para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, de conformidad con lo preceptuado en el artículo [40](#) de la Ley 734 de 2002.

Así las cosas, a nuestro juicio no se presenta inhabilidad o incompatibilidad para que el Director Regional del SENA haga parte del Consejo Directivo del Fondo de Emprendimiento e Innovación, fondo cuenta sin personería jurídica creado por la Asamblea departamental del Huila mediante Ordenanza 005 de 2021, puesto que su condición de servidor público no le genera inhabilidad o incompatibilidad para pertenecer a un órgano integrado por varios miembros, de los cuales algunos también tienen la calidad de servidores públicos, como puede apreciarse del contenido del artículo 9º del Decreto 433 de 2021 expedido por el Gobernador del departamento del Huila por medio del cual se creó y adoptó el Reglamento del Fondo de Emprendimiento e Innovación creado mediante la aludida ordenanza, máxime cuando, como ya se dijo, no se estableció función alguna para la ordenación del gasto ni para la celebración de contratos.

A propósito debemos reiterar lo antes expuesto al referirnos al Concepto 2045 de 2019 de la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado cuando en relación con los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del orden territorial señaló que debe tenerse en cuenta que tales personas solo pueden ejercer las funciones públicas que la ley les ordena cumplir como miembros de la junta o el consejo directivo: (i) en forma colectiva, es decir, en conjunto con los demás integrantes; (ii) durante el tiempo en que se reúne la junta o el consejo respectivo; (iii) Únicamente en relación con la entidad o las entidades de cuyo consejo o junta directiva formen parte, y (iv) solo para tratar los asuntos y adoptar las decisiones que son competencia de dicho órgano administrativo.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, y para los fines que fueren pertinentes, es importante reiterar que el fondo cuenta no tiene personería jurídica y por tanto la integración y funciones del Consejo Directivo creado por el Decreto 433 de 2021 dictado por el Gobernador del Huila no corresponde a los propios de una entidad descentralizada por servicios de que trata la Ley [489](#) de 1998.

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,

Martha Bibiana Lozano Medina

Coordinadora Grupo de Conceptos Jurídicos y

Producción Normativa - Dirección Jurídica

□

—

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)

