



CONCEPTO JURÍDICO NEGOCIOS JURÍDICOS FAMILIARES

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por el Fondo Emprender 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 Fondo emprender, 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

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 6o 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)

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.

- **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.

- 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.

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.

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.

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, 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.

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.

Respeto a la normatividad del Fondo Emprender el Acuerdo 10 de 2019, artículo 7 párrafo segundo señala:

“No tener nexo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, y primero civil con funcionarios o contratistas del SENA en el nivel Directivo del orden Nacional o del orden Regional en donde se presenta el plan de negocio. Esta restricción aplica de igual manera a los funcionarios o contratistas pertenecientes a los Centros de Desarrollo Empresarial y Unidades Externas de Emprendimiento vinculadas al programa de Fondo Emprender, Evaluadores, Operadores y demás personas que tengan injerencia en el proceso”.

ACUERDO 10 DE 2019

La Prohibición sucinta en el Acuerdo 10 de 2019 el cual señala que:

“Prohibiciones

1. El beneficiario del Fondo Emprender en cualquiera de sus etapas del proceso, tendrá prohibido pagar bajo cualquier título y por cualquier circunstancia algún tipo de dinero a funcionario o contratista del SENA o a familiares, cónyuges de estos hasta el tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil. De configurarse la conducta desarrollada por el funcionario, contratista o beneficiario del Fondo Emprender, en una conducta punible contemplada por el Código Penal vigente, el Fondo Emprender por medio de sí o su operador deberá surtir el trámite de denuncia.



2. Los beneficiarios del Fondo no podrán celebrar ningún tipo de contrato para la ejecución del plan de negocios, sobre bienes o servicios con funcionarios, contratistas o familiares, cónyuges de estos hasta el tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil”.

Respecto a lo anterior se aclara que la aplicación normativa de los dos numerales señalados así:

1. En la memoria justificativa del Acuerdo 10 de 2019 se señaló:

“Finalmente se amplía mediante un párrafo una serie de condiciones que estaban inmersas en la ley pero que por fines de transparencia y claridad se ponen de conocimiento explícito a los ciudadanos y se toman medidas para evitar conflictos de intereses y posibles actos de corrupción”.

Conforme a lo anterior los numerales se deben revisar así, el numeral 1 debe revisarse a la luz de cobrar dineros para llegar a la formulación del plan de negocio o a los servicios que presta el SENA, esto desarrolla conductas punibles señaladas en la ley tales la estafa, sobornos entre otros.

2. Este se debe entender sobre posibles conflictos de intereses que se puedan dar en el desarrollo del plan de negocio, esto en anteriores oportunidades se daba sobre todo en tema de Avales técnicos que lo único que conllevaban era el detrimento de los recursos públicos.
3. Con el fin de definir quienes pueden tener conflictos de intereses debe revisar a detenimiento las funciones o actividades que se realizan, debido a que si no ocasiona un desequilibrio de las cargas públicas en quien está en capacidad de soportar. Lo anterior no puede ser una interpretación exegética sino por el contrario una interpretación más teológica.

REGLAMENTACIÓN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES ENTIDADES CON REGIMEN ESPECIAL

Así mismo, en pronunciamiento reciente el mismo Consejo de Estado radicado 54001-23-33-000-2019-00175-01 (67551) ha indicado que:

“El artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 establece que las entidades estatales que cuenten con un régimen contractual excepcional al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública como lo son las Empresas Sociales del Estado, están sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

*Tal y como lo señaló la demandante, la creación de las causales de inhabilidad e incompatibilidad está reservada al legislador. Por lo anterior, **las entidades públicas no están facultadas para introducir en el pliego de condiciones ni en sus manuales o estatutos de contratación** (en el caso de las entidades que tienen régimen especial) causales de inhabilidad o incompatibilidad que no estén previstas en la ley”. (negrilla fuera de texto).*

En este orden de ideas el instructivo se convierte en una herramienta para que el emprendedor presente el pago conforme a lo que ha establecido SENA para que se cumplan los requisitos, sin embargo, su carácter no es legislativo ni regulatorio conforme a lo que se ha señalado anteriormente.

INTERPRETACIÓN EXTENSIVA

De acuerdo con lo contemplado en el Acuerdo 0010 de 2019, artículo 4, con respecto a las prohibiciones:



*“Los beneficiarios del Fondo no podrán celebrar ningún tipo de contrato para la ejecución del plan de negocios, sobre bienes o servicios **con funcionarios, contratistas o familiares, cónyuges de estos hasta el tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil**”. Negrilla fuera del texto.*

Haciendo nuevamente referencia a la prohibición de contratar con funcionarios o contratistas del SENA, extendiendo incluso esta prohibición al Operador, Interventoría, Fiduciaria y familiares de estos.

Apelando de nuevo a la interpretación en sentido gramatical y alcance del Acuerdo:

“Proveedor: Quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro.”

Por lo anterior desde la Interventoría se han aprobado la celebración de contratos de arrendamiento con los emprendedores (contratos de comodato) o con familiares de estos.

En el nuevo instructivo de pagos sobre arrendamiento se indica:

Nota 11: el emprendimiento podrá funcionar en un bien de su propiedad desde que cumpla con toda la normatividad requerida para la ejecución de la actividad económica. En este caso se deberán entregar todos los documentos previamente indicados, a excepción del contrato de arriendo.

A su vez, una interpretación por contexto permite inferir que el fin del acuerdo e instructivo es dar armonía, correspondencia y transparencia al uso de los recursos públicos.

Las interpretaciones dadas, tienen sustento en los siguientes artículos del Código Civil:

ARTICULO 27. INTERPRETACION GRAMATICAL. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

ARTICULO 28. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

ARTICULO 30. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

Frente al caso de soluciones de empleo, conforme a lo dispuesto en el instructivo de pagos anterior, se permitía que los emprendedores vincularan personal a sus empresas mediante contrato laboral y prestación de servicios, sin entrar a calificar el vínculo de “familiares” de este, toda vez que, de acuerdo a la normatividad del Fondo Emprender, las dos formas de contratación son susceptibles



de ser contabilizadas y/o homologadas según el caso como empleos, siempre y cuando cumplan con las condiciones establecidas en el Manual Operativo del Fondo Emprender.

CONCLUSION

Conforme a lo esbozado en el presente concepto, y si bien en el instructivo de pagos vigente no se incorporó la excepción mencionada en el instructivo de pagos anterior, tampoco se establece de manera **expresa** su **prohibición** por tal motivo se considera **viable este tipo de contratos**.