



Concepto 140141 de 2014 Departamento Administrativo de la Función Pública

20146000140141

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000140141

Fecha: 30/09/2014 04:08:38 p.m.

Bogotá D.C.

REF. VARIOS. Régimen legal al que están sometidos los empleados del Organismo Nacional de Acreditación de Colombia. Radicado 20142060128332 del 20 de agosto de 2014.

Con relación a la comunicación relacionada con el asunto de la referencia, remitida por la Procuraduría General de la Nación, donde solicita se indique el régimen legal aplicable a los empleados del Organismo Nacional de Acreditación de Colombia (ONAC) y plantea una serie de inquietudes frente al régimen disciplinario, le informo lo siguiente:

Conforme a la información suministrada y revisados los Estatutos del ONAC, se tiene que este organismo se creó como una corporación sin ánimo de lucro de naturaleza y participación mixta, regida por las normas del derecho privado. Fue constituida mediante documento privado en asamblea del 20 de noviembre de 2007, bajo las leyes colombianas, dentro del marco del Código Civil, las normas sobre ciencia y tecnología y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Es decir que se trata de una asociación sin ánimo de lucro regida por las normas del derecho privado, de carácter mixto, por comparecer a su creación personas públicas y particulares constituyéndose en una entidad oficial de segundo orden descentralizada e indirecta por servicios.

Con respecto a la pertenencia de las entidades de participación mixta a la estructura del Estado, la Corte Constitucional en sentencia [C-230](#) de 1995, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell, afirmó:

"3.2. Las asociaciones y fundaciones de participación mixta y la contratación administrativa.

El art. 6 del decreto 130 de 1976, declarado inexecutable por la Corte mediante sentencia C-372 del 25 de agosto de 1994¹ definía a las corporaciones y fundaciones de participación mixta de la siguiente manera:

"Sin perjuicio de lo que las normas especiales tengan establecido para algunas de ellas, las personas jurídicas que se crean para fines de interés público o social, sin ánimo de lucro, con recursos o participación de entidades públicas y de particulares, se someterán a las normas previstas para las Corporaciones o Fundaciones, según el caso, en el Código Civil, y demás disposiciones pertinentes".

Dichas entidades no han desaparecido del mundo jurídico como podría pensarse a raíz de la declaración de inexecutable mencionada, pues subsisten las creadas con anterioridad a dicha sentencia, con fundamento en la referida norma, las reguladas por leyes especiales y las que se han creado o puedan crearse con fundamento en las normas del decreto 393 de 1991 "por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyecto de investigación y creación de tecnologías", cuyos artículos 1, 3 y 5, acusados parcialmente de inconstitucionales ante esta Corte, fueron declarados executable mediante sentencia No. C-506 del 10 de noviembre de 1994².

Por no ser de creación legal las asociaciones y fundaciones de participación mixta se las considera bajo la denominación genérica de entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado, y están sometidas al mismo régimen jurídico aplicable a las corporaciones y fundaciones privadas, esto es, a las prescripciones del código civil y demás normas complementarias.

La ley 80 de 1993 sometió a las corporaciones y fundaciones, en las cuales el Estado tenga una participación mayoritaria (art. 2o., ord. 1o, lit. a.), a las reglas principios de la contratación de la administración pública y para ello las reconoció en el literal a) del ordinal 1 del art. 2 de dicha ley como entidades estatales. Consecuencialmente se determinó en el fragmento normativo acusado que sus representantes y los funcionarios de determinados niveles en quienes se delegue la celebración de contratos tienen el carácter de servidores públicos. Es claro, que supuesto lo primero tenía que establecerse lo segundo, porque de otra manera no se lograría alcanzar el propósito práctico de vincular al régimen de responsabilidades a quienes obraran en nombre de tales fundaciones y corporaciones, lo cual se adecua a lo establecido en los arts. 6 y 123 de la C.P.

El encuadramiento de las corporaciones y fundaciones en la condición de entidades estatales y la calificación de sus directivos como servidores públicos, para los efectos indicados, no modifica ni la naturaleza de aquéllas ni la situación laboral particular de estos últimos con las referidas entidades, porque unas y otros siguen sometidos al régimen de derecho privado que les es aplicable, pues, como ya se dijo la referida clasificación se consagró exclusivamente para fines del manejo, control y responsabilidad de la inversión de los recursos públicos mediante la contratación.

“(…)”

Las referidas corporaciones y fundaciones de participación mixta han sido reconocidas en nuestro derecho como entidades descentralizadas indirectas, es decir, constituyen modalidades de la descentralización por servicios. Por lo tanto, son entes que poseen una vinculación con el Estado en cuanto participan en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquél al asociarse a ellas les entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos.

Es más, dichas entidades por manejar bienes y recursos públicos, cumplir funciones públicas y constituir formas de la descentralización por servicios, pueden considerarse partes agregadas o vinculadas a la estructura principal de la administración nacional que corresponde al legislador determinar, según el art. 150-7 de la Constitución. Esto permite considerar, que si el legislador está facultado por el art. 150-23 de la Constitución para “expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas”, igualmente tiene competencia para determinar las personas que como servidores públicos pueden cumplir dichas funciones.

En tal virtud se concluye, que estando vinculadas dichas fundaciones o corporaciones de alguna manera al cumplimiento directo o indirecto de funciones públicas y teniendo a su cargo el manejo de recursos o dineros públicos, podía el legislador a efectos de controlar su inversión, mediante el sistema de la contratación, asimilar a servidores públicos a sus representantes o delegados para la contratación, con el fin de hacerles aplicable el estatuto de contratación.

En otras palabras, si bien, en principio, la noción de servidor público del art. 123 se apoya en una concepción material, orgánica y funcional, porque es del hecho de la vinculación al servicio del Estado y del cumplimiento de las funciones que corresponden a un órgano como se deduce la condición de servidor público, al punto que la norma parte del supuesto que sólo los empleados y trabajadores del Estado y los miembros de las corporaciones públicas pueden tener el indicado carácter, esa no es una regla exhaustiva, como quedó expresado en la sentencia C-299 ya citada, porque es posible que el legislador pueda emplear dicha noción para cobijar, con determinados propósitos, a quienes desempeñan funciones públicas, a través de la administración o manejo de bienes o recursos públicos.” (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, puede inferirse que el ONAC es un ente que posee una vinculación con el Estado en cuanto participa en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquél al asociarse a ellas les entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos.

Ahora bien, frente al régimen laboral y disciplinario de las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se constituyen en virtud de la asociación entre entidades públicas y particulares, esta Dirección considera importante recordar que el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, a través de concepto con Radicación número: 1348 del 5 de julio de 2001, Consejero Ponente: Augusto Trejos Jaramillo, señaló:

“3. Régimen laboral y disciplinario

(…)”

Sobre el tema, la Corte Constitucional expresó, en la sentencia anteriormente citada:

“El encuadramiento de las corporaciones y fundaciones en la condición de entidades estatales y la clasificación de sus directivos como servidores públicos, para los efectos indicados, no modifican ni la naturaleza de aquéllas ni la situación laboral particular de estos últimos con las referidas entidades, porque unas y otros siguen sometidos al régimen de derecho privado que les es aplicable, pues, como ya se dijo la referida clasificación se consagró exclusivamente para fines del manejo, control y responsabilidad de la inversión de los recursos públicos mediante la contratación” (Negrillas de la Sala).

Sin embargo conviene precisar que el artículo 51 de la citada ley 80 determina:

“De la responsabilidad de los servidores públicos. El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley “(Subraya la Sala).

Por consiguiente, si para efectos de la contratación administrativa en las asociaciones y fundaciones de participación mixta, los representantes legales y funcionarios de los niveles directivos, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos, tienen la calidad de servidores públicos, a ellos les será aplicable la ley 200 de 1995 (Código Disciplinario)”.

Teniendo en cuenta las anteriores precisiones y con dando respuesta a los interrogantes planteados, le informo lo siguiente:

1.- La naturaleza jurídica del ONAC está por el acto de creación y se trata una Corporación sin ánimo de lucro regida por las normas del derecho privado, de carácter mixto, entidad, debiendo por consiguiente someterse a la normatividad del derecho privado.

2. El régimen legal al que pertenece las Corporaciones de participación mixta, por no ser de creación legal, se consideran sometidas al régimen

jurídico aplicable a las corporaciones y fundaciones privadas, por consiguiente, les aplica las disposiciones contenidas en el Código Civil y demás normas complementarias.

3. De lo anterior puede inferirse que las personas que prestan sus servicios en el ONAC no son servidores públicos.

4. Con relación a su inquietud respecto el sometimiento de los trabajadores del ONAC “al principio de legalidad”, debemos advertir que no son claros los términos en que se formula la pregunta, por consiguiente no es posible abordar un tema cuando no se concreta el interrogante en forma adecuada para de esta forma pronunciarnos sobre el particular.

5. Con relación a la inquietud sobre las competencias de la Oficina de Control Interno Disciplinario, este Departamento Administrativo con la Procuraduría General de la Nación mediante la Circular Conjunta DAFP - PGN No. 001 DE 2002, señalaron:

“Competencias de la Unidad u Oficina de Control Disciplinario Interno.

En cualquiera de las alternativas que se adopte para organizar o implementar la Unidad u Oficina de Control Disciplinario Interno, a la misma le compete adelantar tanto la indagación preliminar, como la investigación y el fallo de primera instancia, respecto de los servidores públicos del organismo o entidad correspondiente.” (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con la anterior, toda entidad u organismo del Estado, deberá implementar u organizar una unidad u oficina de control disciplinario interno, encargada de adelantar la indagación preliminar, investigar y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios contra los servidores públicos de la respectiva entidad, asegurando su autonomía e independencia y el principio de segunda instancia. Circunstancia que no aplica a la ONAC, por ser una Corporación privada y sus empleados no son servidores públicos.

6. Finalmente, respecto del interrogante si a la Procuraduría General de la Nación le corresponde conocer las denuncias por violación del orden nacional por parte de los empleados del ONAC, es preciso señalar que la función disciplinaria en la Procuraduría General de la Nación se relaciona con la facultad que tiene para adelantar y decidir las investigaciones que por presuntas faltas disciplinarias se sigan en contra de los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas. El objetivo primordial es determinar si la conducta del servidor público o del particular que ejerce funciones públicas es constitutiva de falta disciplinaria, si es imputable a éstos y si está o no amparado por causales de exclusión de responsabilidad, y si corresponde al caso, imponer las sanciones pertinentes.

Por consiguiente le corresponde establecer al citado órgano de control si el particular ejerce funciones públicas y si es de su competencia investigar la conducta contraria a derecho realizada por los trabajadores antes referidos.

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

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Director Jurídico (E)

Jaime Jiménez/JFCA

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-06-17 20:10:30