Julio 31 de 2024,

Doctora
AMPARO SÁNCHEZ PERDOMO
Oficina Asesora Jurídica
Instituto Tolimense de Formación Técnica Profesional
E. S. D.

ASUNTO CONCEPTO JURÍDICO

Cordial saludo respetada Doctora,

En atención al concepto jurídico solicitado, me permito dar respuesta mediante el presente documento, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS DEL ASUNTO CONSULTADO

Conceptuar respecto de la viabilidad o no frente a la utilización de implementos de papelería u otros propios de la entidad e instalaciones, en actividades de índole personal por parte de trabajadores sindicalizados.

2. ALCANCE DEL CONCEPTO.

Los resúmenes de información, condiciones y conclusiones presentados son de carácter general y resumido, y no deben considerarse como un análisis exhaustivo, ni interpretarse como sustitutos de los documentos de referencia o de las circunstancias detalladas en ellos.

Este documento no emite juicios sobre la razonabilidad, precisión o la conformidad legal de los aspectos técnicos, comerciales, económicos o financieros de los documentos examinados.

Consecuentemente, este documento debe considerarse como una herramienta de orientación. Su propósito es ofrecer un enfoque legal basado en el ordenamiento jurídico colombiano. No se asumen responsabilidades por las decisiones o acciones tomadas por el intérprete del presente informe.

3. ANÁLISIS DEL ASUNTO CONSULTADO

En materia de contratación estatal, los estudios previos son aquellos análisis y documentos que sirven de soporte para dar inicio al proceso de contratación al interior de la entidad y se constituyen en el sustento para la definición y elaboración del proyecto de pliego de condiciones.

Nicolás Baez Tobar
Abogado
Esp. Derecho Administrativo

baezcorporativo@gmail.com
Cra No. 3 #8-39 Edificio Escorial | Oficina X-3
Tel. +57 318 694 1836
Ibagué - Tolima

Estos estudios deben ser el resultado de una correcta planeación, que incluya el examen de la conveniencia o inconveniencia de la futura contratación, la verificación de la existencia de **la necesidad que se pretende satisfacer**, la determinación de los riesgos y su adecuada distribución dentro de los sujetos contractuales, así como también, los aspectos fundamentales del contrato a desarrollar, como el presupuesto, valor, políticas, ejecución, en fin, todos los elementos requeridos que hagan efectiva la aplicación de los principios rectores de la contratación pública, de economía, transparencia y publicidad.

Lo anteriormente expuesto tiene su soporte legal en primer lugar en los numerales 7 y 12, del art. 25 de la ley 80, que al tenor literal, establece:

> *"Artículo 25 Del Principio de Economía*
>
> *(…) 7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.*
>
> *(…)12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones."*

Ahora bien, se hace necesario mencionar que el legislador materializó los principios que rigen la función administrativa a través de los estudios y documentos previos, el análisis de la oportunidad y conveniencia de la celebración del contrato. Según lo enuncia Juan Carlos Expósito Vélez, en su obra La Configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español "*Se hace necesaria una evaluación previa de la situación, **no solamente para llegar a la conclusión de que se necesita el contrato**, sino para determinar la figura a utilizar; de esa forma se define la idea de contratar, inclusive, y como ya lo dijimos, en los casos de Urgencia Manifiesta, puesto que de ese análisis fáctico se derivará la sustentación del Acto Administrativo que da inicio a la actuación por parte de la entidad respectiva*" (El énfasis es propio)

Así las cosas, como puede apreciarse, un elemento fundamental de los estudios previos, que son documentos obligatorios anteriores a la celebración de un contrato estatal, deben contemplar un análisis serio respecto de **la descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación**.

En este punto, es necesario realizar hincapié en el elemento subrayado con antelación; esto es, **la descripción de la necesidad que se pretende satisfacer.** Así, para justificar la necesidad dentro de los estudios previos del respectivo contrato es de forzosa realización la siguiente pregunta ¿Qué se persigue con el contrato?

Lo anterior, porque corresponde a la Entidad Estatal describir de manera específica la carencia que pretende satisfacer la administración con esa contratación, exponiendo las razones sobre las cuales se justifica la adquisición

del bien, servicio u obra que se pretende contratar, la cual, a su vez, debe corresponder a las necesidades de la entidad, la satisfacción del interés general y la observancia de los postulados que rigen la función administrativa.

En el asunto puesto en conocimiento, se consulta sobre la posibilidad de que se utilicen bienes de naturaleza pública (como papelería, computadores, puestos de trabajo, entre otros) para el ejercicio de funciones distintas a las propias del cargo. Bajo ese entendido, **se reitera que los bienes que hacen parte del inventario de la entidad fueron adquiridos, en su momento, con una descripción de una necesidad clara y que necesariamente ha de atender a un propósito misional, de manera que es incompatible que el uso de estos elementos sea para propósitos personales, pues, se reitera, desde el momento de su adquisición se previó darles un uso institucional.**

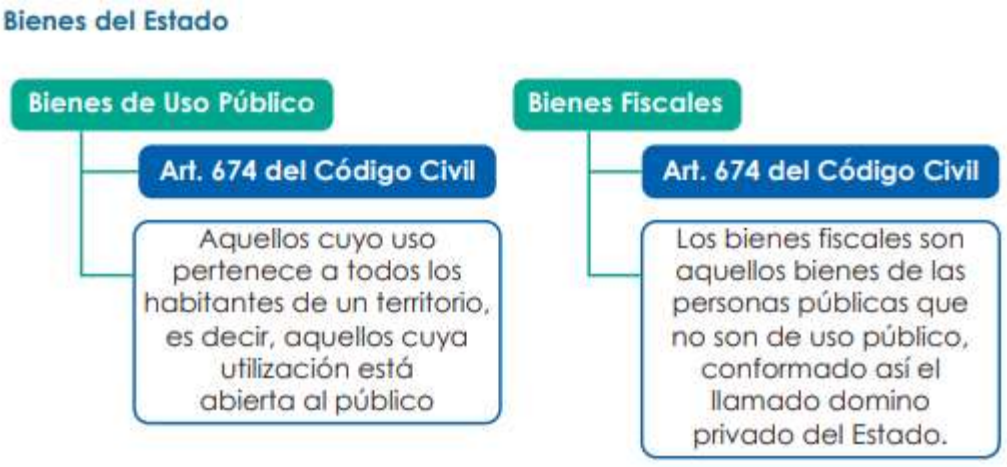
En consideración a lo expuesto, se reitera que la contratación y/o adquisición de estos elementos sólo es posible en la medida que exista de manera clara una necesidad que ha de satisfacerse, siendo, en el caso del ITFIP, la necesidad de garantizar la prestación del servicio y cumplimiento misional de la entidad, **no siendo viable darle un uso diferente a tales propósitos.**

Ahora bien, desde el punto de vista de la Ley penal, dicha codificación destina un capítulo específico a lo que se ha denominado el delito de peculado, donde el bien jurídico tutelado es la administración pública. Así, la Ley penal ha considerado **que una mala administración de los bienes confiados al servidor público, en razón o con ocasión de sus funciones, incide en forma negativa en la correcta administración del Estado por deformación del instituto real** "*pues además del patrimonio público también lesiona los servicios que mediante este han de prestarse a la comunidad",* de manera que ha previsto sanciones para quien ejecute dicha clase de conductas.

En el Código Penal contenido en la Ley 599 de 2000, teniendo en cuenta los verbos rectores y los distintos objetos materiales, contempla, en la actualidad, las siguientes clases de peculado:

• Por apropiación.
• Por uso.
• Por aplicación oficial diferente.
• Por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social.
• Culposo.
• Culposo frente a recursos de la seguridad social integral.
• Omisión de agente retenedor o recaudador.
• Por destino indebido de recursos para metales preciosos.
• Fraude Subvenciones.

De acuerdo a la Fiscalía General de la Nación, el peculado puede recaer sobre:



Fuente: Fiscalía General de la Nación

Ahora bien, dentro de los elementos que integran las modalidades de peculado se encuentra el peculado por apropiación (Art. 397 C.P.), peculado por uso (Art. 398 C.P), peculado por aplicación oficial diferente (Arts. 399 y 399ª C.P) y peculado culposo (arts. 400 y 400ª C.P).

En todas estas conductas prohibidas, el sujeto activo calificado ha de ser servidor público, y los verbos rectores que distinguen el tipo penal son, para cada clase de peculado, los siguientes:

Peculado por apropiación.
El servidor público que se apropie de un bien del Estado. Esto significa, que haga suya una cosa o comportarse frente a ella con ánimo de señor y dueño. Se trata de un tipo penal de resultado y de carácter instantáneo.

Peculado por uso.
El servidor público que se use o permita que otro use indebidamente un bien del Estado. Se trata de un tipo penal compuesto alternativo de mera conducta, y no exige que se configure algún daño para la configuración del tipo penal.

Peculado por aplicación oficial diferente.
El servidor público que le **de aplicación diferente a un bien del Estado,** diferente a la que dicho bien está destinado. Se trata de un tipo penal compuesto alternativo de lesión.

Peculado culposo.
El servidor público que dé lugar a que se extravíen o pierdan bienes del Estado.

Como se aprecia de las consideraciones antes expuestas, **el servidor público que de aplicación diferente a un bien del Estado** podría incurrir en la conducta punible de peculado por aplicación oficial diferente.

Nicolás Baez Tobar
Abogado
Esp. Derecho Administrativo

baezcorporativo@gmail.com
Cra No. 3 #8-39 Edificio Escorial | Oficina X-3
Tel. +57 318 694 1836
Ibagué - Tolima

Ahora bien, en cuanto a la normativa aplicable a los trabajadores sindicalizados, la Ley 584 del 2000 prescribe:

> *"ARTÍCULO 2.2.5.5.18 Permiso sindical. El empleado puede solicitar los permisos sindicales remunerados necesarios para el cumplimiento de su gestión, en los términos establecidos en el Capítulo 5 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo y las normas que lo modifiquen, sustituyan o adicionen.*
>
> *Durante el período de permiso sindical, el empleado público mantendrá los derechos salariales y prestacionales, así como los derivados de la carrera en cuyo registro se encuentre inscrito." (Subrayado fuera del texto original)*

Por su parte, el Decreto 1072 de 2015, en la materia, el cual fue modificado y adicionado por el Decreto 344 de 2021, dispuso lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 2.2.2.5.1. Permisos sindicales para los representantes sindicales de los servidores públicos. Los representantes sindicales de los servidores públicos tienen derecho a que las entidades públicas de todas las Ramas del Estado, sus Órganos Autónomos y sus Organismos de Control, la Organización Electoral, las Universidades Públicas, las entidades descentralizadas y demás entidades y dependencias públicas del orden nacional, departamental, distrital y municipal, les concedan permisos sindicales remunerados, razonables, proporcionales y necesarios para el cumplimiento de su gestión.*

Conforme la normativa antes señalada, no se evidencia que el otorgamiento de permiso sindical permita el uso de bienes del Estado (bien sean públicos o bien sean fiscales) para actividades de índole personal, ni tampoco con fines sindicales.

En los anteriores términos presento el concepto solicitado,

Cordialmente,

NICOLÁS BAEZ TOBAR
C.C. No. 1.234.646.495 de Ibagué (Tolima).
T.P No. 379.402 del C.S. de la J.

Nicolás Baez Tobar
Abogado
Esp. Derecho Administrativo

baezcorporativo@gmail.com
Cra No. 3 #8-39 Edificio Escorial | Oficina X-3
Tel. +57 318 694 1836
Ibagué - Tolima