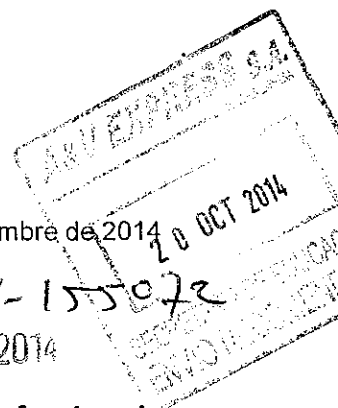


Bogotá D.C., 08 de septiembre de 2014

Señor:
OMAR VARGAS
Carrera 8 2B-61 Sur
Ciudad

S-2014-155072
17 OCT 2014



Asunto: Solicitud concepto jurídico sobre posibilidad de que un funcionario público pueda ser representante legal de una entidad deportiva sin ánimo de lucro.

Referencia: Radicación E-2014-137681 del 26/08/2014

Respetado señor

De conformidad a la solicitud elevada a través del radicado de la referencia, este despacho procede a emitir concepto, de acuerdo con lo establecido en los literales A y B¹ del artículo 8 del Decreto Distrital 330/08 y en los términos establecidos en el artículo 28 del C.P.A.C.A., según el cual, por regla general, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Esta Oficina en múltiples oportunidades se ha pronunciado sobre el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, así como los deberes y prohibiciones de los servidores públicos de la SED y la línea jurídica que ha mantenido es que a estos le son aplicables las disposiciones estipuladas en la Constitución y la ley. Es decir, la Ley 4 de 1992, artículo 19; Ley 190 de 1995, Ley 734 de 2002², especialmente.

Frente a los casos particulares hemos sostenido que siendo dichas normas parte de las obligaciones y los deberes contenidos en los estatutos y las normas disciplinarias, no le compete a esta Oficina entrar a pronunciarse sobre su contenido sino a las autoridades administrativas y jueces naturales (Procuraduría, Operadores disciplinarios y Jueces).

No obstante lo anterior, a título ilustrativo a continuación enunciamos el marco normativo y jurisprudencial más relevante sobre el tema consultado, para que sea el mismo funcionario el que decida sobre su situación, ello en consideración a que la misma no sólo depende de su estatus de servidor público sino de situaciones tales como su profesión y situaciones familiares.

Las incompatibilidades comportan "... una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado."³

¹ Artículo 8º Oficina Asesora de Jurídica. Son funciones de la Oficina Asesora de Jurídica las siguientes:

- A. Asesorar y apoyar en materia jurídica al Despacho del Secretario y demás dependencias de la SED.
- B. Conceptuar sobre los asuntos de carácter jurídico que le sean consultados por las dependencias de la SED y apoyarlas en la resolución de recursos.
- C. (...)

² Consultar textos completos: www.secretariassenado.gov.co o www.banrep.gov.co/juriscal

³ Sentencia C-181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
CALLE 195 # 195-195

La sentencia C-564 de 1997, preciso sobre los conceptos de Inhabilidad e incompatibilidad que *"...con las inhabilidades se persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública, para realizar actividades vinculadas a los intereses públicos o sociales de la comunidad, posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad. // Igualmente, como garantía del recto ejercicio de la función pública se prevén incompatibilidades para los servidores públicos, que buscan, por razones de eficiencia y moralidad administrativa que no se acumulen funciones, actividades, facultades o cargos."*

1. Constitución Política. Prohibición a los servidores público de celebrar contratos con el Estado y de ocupar más de un empleo público.

ARTICULO 127. 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.

ARTICULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

2. Ley 489 de 1998. Entidades sin ánimo de lucro por asociación entre entidades públicas y entre éstas y particulares.

"Artículo 95. Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal.

Parágrafo. Declarado inexecutable por Sentencia C-671 de 1999 de la Corte Constitucional."

"Artículo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
CORPORACIÓN PÚBLICA

determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

- a) Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;
- b) Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas;
- c) La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad;
- d) La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares;
- e) La duración de la asociación y las causales de disolución."

3. Ley 80 de 1993. Definición de entidades y funcionarios públicos para efectos de la contratación estatal.

"ARTICULO 2°. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

1. Se denominan entidades estatales:
 - a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. (Nota: Las expresiones señaladas con negrilla en este literal fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-629 de 2003, en relación con los cargos analizados en la misma.).
 - b) (...)
2. Se denominan servidores públicos:
 - a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas. (Nota: Las expresiones señaladas con negrilla en este literal fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-949 de 2001.).
 - b) (...)"



4. **Sentencia C-230/95 de la Corte Constitucional. Naturaleza jurídica de los empleos de las entidades sin ánimo de lucro por asociación entre entidades públicas, y entre éstas y particulares con participación mayoritaria del Estado.**

"La ley 80 de 1993 sometió a las corporaciones y fundaciones, en las cuales el Estado tenga una participación mayoritaria (art. 2., 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.

No hay nada de extraño en la asimilación de dichas personas a servidores públicos, porque la asignación de funciones públicas a los particulares y su sometimiento a las normas especiales en lo relativo al desarrollo de tales funciones es hoy, por designio constitucional y técnica de administración -denominada descentralización por colaboración, que implica el ejercicio privado de una función administrativa- una posibilidad jurídica corriente, como igualmente lo es la sujeción de quienes manejan recursos del Estado a un régimen derecho especial (...)

(...)

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, assimilar a servidores públicos a sus representantes o delegados para



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE PLANEACIÓN

la contratación, con el fin de hacerles aplicable el estatuto de contratación⁴. Se subraya

5. **Ley 4 de 1992. Prohibición de ocupar más de un empleo público y de recibir más de una asignación del tesoro público.**

Artículo 19.- Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:

- a. Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;
- b. Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c. Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d. Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
- e. Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud.
- f. Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas.
- g. Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.

6. **Código Único Disciplinario. Faltas disciplinarias, deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios públicos.**

“Artículo 22. Garantía de la función pública. El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.

Artículo 23. La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.

(...)

Artículo 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público:

(...)

11. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.

(...)

Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

⁴ Estas tesis reiteradas en la Sentencia C-949/01 de la Corte Constitucional.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
CORPORACIÓN PÚBLICA DE
CULTURA Y DEPORTE

(...)

14. Desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, las entidades territoriales y las descentralizadas.

(...)

Artículo 41. Extensión de las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos. Las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la ley para los gerentes, directores, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, se hacen extensivos a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal.

(...)

Artículo 48. Corregido por el Decreto 224 de 2002, en el sentido de incorporar el numeral 38. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.

18. Contraer obligaciones con personas naturales o jurídicas con las cuales se tengan relaciones oficiales en razón del cargo que desempeña violando el régimen de inhabilidades e incompatibilidades señalados en las normas vigentes.

(...)

45. Ejercer actividades o recibir beneficios de negocios incompatibles con el buen nombre y prestigio de la institución a la que pertenece.

(...)

Artículo 50. Faltas graves y leves. Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley.”

7. **Concepto de entidad sin ánimo de lucro.** Las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro han sido definidas por la doctrina como personas jurídicas que surgen de la voluntad de un grupo de individuos que vinculan un capital a la obtención de un fin de interés general o de bienestar común no lucrativo, de manera que tienen como finalidad propia la satisfacción de intereses públicos y sociales.⁵

8. **Diferencia entre una entidad con ánimo de lucro y una entidad sin ánimo de lucro.** Esta diferencia radica en que en la entidad con ánimo de lucro se distribuyen las utilidades entre los socios, mientras que en la entidad sin ánimo de lucro los rendimientos no se distribuyen entre los asociados sino que se destinan única y exclusivamente al desarrollo del objeto social.

La conformación de las entidades sin ánimo de lucro tiene fundamento en la Constitución Nacional, primordialmente en el derecho de asociación (Artículo 38) y en las normas que permiten la constitución de personas jurídicas de derecho privado, por ej. Libertad de escoger profesión u oficio (Artículo 26), organismos que tengan a cargo la protección de la juventud (Artículo 45), sobre organizaciones deportivas (artículo 52), sobre instituciones de educación (artículo 68), etc.

⁵ Angarita Gómez, Jorge. Derecho Civil, editorial Temis, 1988.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
CORPORACIÓN DE ESTUDIOS, S.A.

Por último, debemos precisar que esta Oficina sólo puede señalar los criterios que jurídicamente sean aplicables para que sea el mismo servidor público quien decida sobre la posible incompatibilidad e inhabilidad o conflicto de intereses, de conformidad con el artículo 28 del CPACA.

Cordialmente



CAMILO BLANCO

Jefe Oficina Asesora de Jurídica

Proyectó: Javier Bolaños Zambrano