



Función Pública

Concepto 58841 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000058841

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000058841

Fecha: 27-02-2019 10:04 am

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.- ¿Existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que un empleado público ejerza como miembro de una liga deportiva? ¿Se configura conflicto de interés en el caso que el departamento suscriba un contrato estatal con la respectiva liga deportiva? Radicado. 2019-26-002713-2 del 28 de enero de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual presenta una serie de interrogantes en torno a presuntas inhabilidades o conflicto de interés por parte de un servidor público, me permito dar respuesta a la misma en el mismo orden de su presentación:

No obstante, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado² en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

1.- En atención al primer interrogante de su escrito encaminado a determinar si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que un empleado público del nivel departamental ejerza como miembro de una liga deportiva, me permito indicar lo siguiente:

De acuerdo con los artículos 127 y 128 de la Constitución Política, se prohíbe a los servidores públicos, por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, celebrar contratos con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales. Además, se prohíbe 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.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que los artículos 34 y 35 de la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, señalan que el empleado público tiene la obligación de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, así mismo no debe prestar a título particular, servicios de asistencia o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo de la entidad donde actualmente labora.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las ligas deportivas, el Decreto 1228 de 1995, por el cual se revisa la legislación deportiva vigente y la estructura de los organismos del sector asociado con objeto de adecuarlas al contenido de la Ley 181 de 1995, consagra:

“ARTÍCULO 7. Ligas Deportivas. Las ligas deportivas son organismos de derecho privado constituidas como asociaciones o corporaciones por un número mínimo de clubes deportivos o promotores o de ambas clases, para fomentar, patrocinar y organizar la práctica de un deporte con sus modalidades deportivas, dentro del ámbito territorial del departamento o del Distrito Capital, según el caso, e impulsarán programas de interés público y social.

No podrá existir más de una liga por cada deporte dentro de la correspondiente jurisdicción territorial.” (Subraya nuestra).

En consecuencia, teniendo en cuenta que las ligas deportivas son organismos de derecho privado de conformidad con lo señalado en el artículo 7 del Decreto 1228 de 1995, se infiere que quien tenga la calidad de servidor público podrá vincularse a dichas ligas sin incurrir en prohibición alguna, señalando de manera expresa que como director de estas no podrá celebrar contrato estatal alguno.

En consecuencia, no existiría prohibición alguna para que un servidor público ejerza como miembro de una liga deportiva, siempre que ello no conlleve la prestación particular de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones que éste desempeña y que en caso de ejercer como representante legal de la misma, no suscriba contratos estatales.

2.- En atención al segundo interrogante de su escrito, encaminado a determinar si en el caso que el departamento suscriba un convenio interadministrativo u otro tipo de contrato estatal con la liga deportiva se presenta algún tipo de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de interés, me permito indicar que como se indicó en la anterior respuesta, en el caso que el servidor público ejerza como representante legal de la liga se encuentra inhabilitado para suscribir contratos estatales, en virtud de lo previsto en el artículo 127 de la Constitución Política y del literal b) del numeral 2) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

Respecto de la contratación indirecta o por interpuesta persona, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla en Radicación Número: [68001-23-15-000-2004-00002-02](#) (3875) de Enero 19 de 2006, señaló:

“Ciertamente, esta Sala ha dicho que el contrato por interpuesta persona se configura mediante sociedades de personas de las que sea socio quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad³. En otras palabras, la celebración de contratos bajo esta modalidad implica que quien aparece como contratista, aunque formalmente, aparentemente, figure como tal, en realidad, no es la persona que lo celebra y ejecuta.

Tal figura constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada”. (Subrayas fuera de texto).

Esta Dirección Jurídica, atendiendo el criterio señalado por el Consejo de Estado, ha sido consistente al manifestar que no es viable que se celebren contratos estatales de cualquier tipo si la figura planteada constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada.

De otra parte, se considera necesario revisar si eventualmente se presenta un conflicto de interés en el caso objeto de su consulta, sobre ese tema, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, indica:

“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.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.

ARTÍCULO 48. 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. (...)

Respecto al conflicto de intereses, el Consejo de Estado mediante concepto No 1572 de abril 28 de 2004 de la Sala de Consulta de Servicio Civil, preceptuó:

“3. Requisitos para la configuración del conflicto de intereses en el caso de los congresistas. Como quiera que dicho conflicto se configura por la concurrencia de interés privado e interés público, se hace indispensable tener en cuenta, entre otros, los siguientes requisitos:

3.1 Interés privado concurrente. De acuerdo con lo expuesto, resulta indubitable que este interés debe aparecer en tal forma que comprometa objetivamente la intangibilidad del interés general perseguido, para lo cual la Sala estima necesario hacer las siguientes precisiones:

a) Existencia: Se configura el interés privado cuando hay "exigencia para la satisfacción de necesidades humanas" - Messineo, Tomo II, p. 10 -, lo cual acontece cuando surgen v. gr.: ventajas o provechos representados en derechos subjetivos, o en ventajas de tipo reparativo positivo (como indemnización por daños o detrimento de derechos) o negativo (reparación de gastos), o de tipo enriquecedor (como ganancias, utilidades, provechos, derechos, etc.), o cuando se refieren a la simple exoneración de desventajas (exoneración de obligaciones, cargas, etc.).

b) Juridicidad: Se da cuando el interés privado, protegible de ordinario, pero con la aptitud de afectar la transparencia, debido a que siendo actual y estando amparado por la ley puede perturbar el ánimo del interesado a actuar en su propio favor. Para ello debe tenerse en cuenta que el interés: 1) Es actual, cuando se ha adquirido y puede afectarse. De allí que por ausencia de éste requisito quede excluido el interés futuro. 2) Es jurídico, porque se encuentra amparado por la ley. Por tanto es inaceptable interés originado en el roce meramente social (v. gr. el de comunicación o trato) para generar conflicto de interés. y, 3) Es afectable, cuando puede extinguirse o modificarse el que se tiene. En cambio, no se da cuando el interés es inalienable (v. gr. La vida).

c) Privado: Se da cuando el interés es de naturaleza particular de manera inequívoca y, por lo mismo, se descarta cuando se actúa movido por el

interés público o general - regulación abstracta en general -. El interés puede ser individual o colectivo, referido en el primer caso, por ej., a la propiedad particular y, en el segundo, al interés común de los propietarios en una urbanización.

d) Titularidad. El interés debe radicar en el congresista o en su cónyuge, compañero (a), pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, en el caso bajo estudio.

3.2 El interés público concurrente en la decisión pertinente. Para que este interés público concurrente pueda verse menoscabado, también se hace indispensable tener en cuenta aquellos aspectos que puedan afectar que sea el único determinante de la decisión; lo cual implica que en la misma persona que tiene un interés privado, también concurren estos requisitos:

a) Calidad de congresista.

b) Intervención en las deliberaciones y votaciones.

c) Proyecto de decisión de interés público.

d) Afectación particular, consistente en que el proyecto a votar pueda afectar el interés directo del congresista, arriba mencionado.

3.3 Conflicto de interés. De la concurrencia objetiva de los dos intereses mencionados puede desprenderse inequívocamente la existencia de un conflicto de interés como causal de impedimento o recusación. En tanto que este fenómeno no se estructuraría, de una parte, cuando no concurre alguno de los requisitos mencionados para los referidos intereses, y, de otro, cuando simplemente se trata de mera apreciación subjetiva de conflicto sin sustento en elementos objetivos."

La misma Corporación en sentencia del 3 de septiembre de 2002, recaída dentro del expediente 11001-03-15-000-2002-0447-01 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sostuvo:

"La jurisprudencia y la doctrina vienen indicando que el conflicto de intereses, sin consideración a que provenga de razones económicas o morales, toma dimensión punible cuando pierde el congresista su natural imparcialidad. Lo cual hace superfluo que la ley lo recoja en un catálogo de conductas que lo tipifiquen, siendo suficiente la consagración genérica formulada en el artículo 182 de la Constitución Política; pero para que se concrete en la actividad legislativa es menester que resalte una relación directa entre los intereses del congresista y la materia regulada por el proyecto tramitado, de acuerdo con el artículo 286 de la ley 5ª de 1992*. Siempre que se produzca un resultado provechoso por el simple ejercicio de una función oficial, que convenga al agente o a otra persona allegada, en el orden moral o material, surgirá un conflicto de intereses. Si la ley protege el interés, será lícito; pero si se persigue con fines personales, particulares, que sobrepasen el interés social, será ilícito."

De acuerdo con lo expresado por Consejo de Estado, el conflicto de intereses se configura cuando el servidor público con su actuación se favorezca a sí mismo o a sus parientes. El constituyente quiso evitar, al prever la ocurrencia del conflicto de intereses, que el servidor público con su accionar haga prevalecer su interés personal o familiar sobre el general. Busca acabar con las ventajas personales distintas a las que se predicen de la generalidad.

Así las cosas, en criterio de esta Dirección Jurídica, tal circunstancia debe ser analizada por las partes interesadas y por la administración, para determinar si se presenta el conflicto de interés en relación con la situación presentada en su consulta.

3.- En atención al tercer interrogante de su escrito, encaminado a determinar si un empleado del nivel departamental se encuentra inhabilitado para ejercer como revisor fiscal de una liga deportiva del mismo departamento, me permito indicar que se tenga en cuenta la respuesta al

primer interrogante de la presente consulta.

Respecto de las prohibiciones al ejercicio de la profesión como contador público, se debe precisar que las mismas se encuentran contenidas en los artículos 47, 48 y 49 de la Ley 43 de 1990, según los cuales se ha prohibido ejercer la profesión de contador público en los casos que se haya tenido una relación directa previa y particular con las personas naturales o jurídicas frente a las cuales haya actuado en un asunto concreto en su calidad de servidor público.

Así las cosas, y dado que la Ley 43 de 1990 no contiene ningún precepto que prohíba a los contadores públicos que ostenten la calidad de empleados públicos ejercer la profesión de manera independiente, puede inferirse que no se ha establecido taxativamente como causal de inhabilidad o incompatibilidad el ejercicio simultáneo de la contaduría pública en los sectores privado y público.

Así las cosas y como quiera que al inicio del presente escrito se indicó que al ser las inhabilidades y las incompatibilidades restricciones para limitar el derecho al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas; se considera que como quiera que no existe prohibición expresa para que un empleado público ejerza como contador en el sector privado, no existe inhabilidad alguna para que un empleado público contador ejerza su profesión en entidades del sector privado.

4.- En atención al cuarto interrogante de su escrito, encaminado a determinar si en el caso que el departamento suscriba un convenio interadministrativo u otro tipo de contrato estatal con la liga deportiva, se configura inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de interés para el empleado público, me permito señalar que como se indicó en la respuesta al primer interrogante, por expresa disposición legal y Constitucional, el servidor público se encuentra inhabilitado para suscribir contratos estatales directa o indirectamente, en ese sentido, en el caso que el empleado ejerza como representante legal de la liga, no podrá celebrar contratos estatales.

En cuanto al conflicto de interés, como se indicó líneas arriba, será una circunstancia que deberá ser analizada por las partes interesadas y por la administración, para determinar si se presenta el conflicto de interés en la situación presentada en su consulta.

5.- En cuanto al quinto interrogante de su escrito, encaminado a determinar si en el caso que el departamento suscriba un convenio interadministrativo u otro tipo de contrato estatal con la liga deportiva, se considera que vulnera el artículo 127 de la Constitución Política, me permito indicar que se debe tener en cuenta lo respondido a los interrogantes 1 y 4 de su consulta.

6.- A su sexto interrogante, encaminado a determinar si existe algún tipo de inhabilidad para el empleado público que ejerce como revisor fiscal de una liga deportiva ad honorem, sin vinculación contractual, me permito indicarle que tenga en cuenta las respuestas a los interrogantes 1, 3 y 5 del presente escrito.

En el evento de requerir mayor información respecto de las normas de administración de personal del sector público, podrá encontrar información en el siguiente link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, allí además encontrará conceptos relacionados con el tema objeto de su consulta, los cuales han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

Harold Herreño/JFCA/ GCJ-601

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz
2. Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.
3. Sentencias del 2 de noviembre de 2001, expediente 2697; y del 30 de noviembre de 2001, expediente 2736.

* Ver sentencias del 19 de marzo y 4 de junio de 1996, Expedientes AC-3300 y AC- 3549.

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:49:06