



## MEMORANDO

Código Dependencia

MINDEPORTE 02-09-2020 14:10  
Al Contestar Cite Este No.: 2020IE0003828 Fol:6 Anex:0 FA:0  
ORIGEN 120-OFICINA JURÍDICA / RODRIGO SUÁREZ GIRALDO  
DESTINO 330-DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL / WILLIAM FERNANDO  
GUZMAN ROA  
ASUNTO RESPUESTA SOLICITUD DE CONCEPTO RADICADO 2020IE0003258 DEL 03 DE AGOSTO  
OBS

2020IE0003828



Para: William Fernando Guzman Roa  
COORDINADOR GIT DEPORTE AFICIONADO

De: 120-DESPACHO DEL MINISTRO/OFICINA JURÍDICA

Asunto: Respuesta Solicitud de Concepto Radicado 2020IE0003258 del 03 de agosto de 2020

Reciba un cordial saludo,

La Oficina Asesora Jurídica se permite dar respuesta a su solicitud de acuerdo con las funciones establecidas en el Artículo 9, numeral 8 del Decreto 1670 de 2019:

“Artículo 9. Funciones de la Oficina Asesora Jurídica. Son funciones de la Oficina Asesora Jurídica, siguientes:

8. Atender y resolver las consultas y peticiones de carácter jurídico elevadas a la entidad sobre asuntos de competencia del Ministerio”.

### I. PROBLEMA JURÍDICO

*“Se busca dilucidar si al elegir al Dr. Afranio Restrepo como integrante del órgano de administración de la Federación Colombiana de Esgrima, se configura o no, la inhabilidad descrita en el artículo 3 de la Ley 1474 de 2011, teniendo en cuenta que el ex servidor público en mención, ejerció el cargo de Subdirector General de Coldeportes hoy Ministerio del Deporte dentro del periodo comprendido entre junio de 2016 a marzo de 2019”.*

- La Federación Colombiana de Esgrima Mediante radicado No. 2020ER0009871 del 27 de julio de 2020, envía solicitud de concepto respecto a la posible inhabilidad que se pudiese presentar sobre el señor Afranio Restrepo, al ejercer algún cargo dentro del órgano de administración, como quiera que el señor Restrepo ejerció el cargo de Subdirector General de Coldeportes, hoy Ministerio del Deporte dentro del período comprendido entre junio de 2016 a marzo de 2019.



- Posteriormente mediante radicado 2020IE0003258 del 04 de agosto de 2020, la Dirección de Inspección, Vigilancia y Control - Grupo Interno de Trabajo Deporte aficionado solicita a la Oficina Asesora Jurídica emitir concepto respecto a lo solicitado por la Federación Colombiana de Esgrima.

## II. MARCO NORMATIVO, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL

Respecto del problema jurídico, se hace necesario realizar el análisis del siguiente tema así: (1) Generalidades de la Federación Colombiana de Esgrima; (2) Prohibición para las personas, que directa o indirectamente hayan ejercido cargo en el nivel directivo en entidades del estado.

### 1. GENERALIDADES DE LA FEDERACIÓN COLOMBIANA DE ESGRIMA

Una Federación Deportiva Nacional es una entidad con personalidad jurídica que organiza y promueve el deporte; para el caso que nos ocupa, la Federación Colombiana de Esgrima, fue fundada el 21 de febrero de 1946, es una entidad Deportiva y social de derecho privado, con personería Jurídica, según la resolución No. 30 de agosto 10 de 1953, expedida por el Ministerio de Justicia; tiene carácter de corporación permanente sin ánimo de lucro.

### 2. PROHIBICIÓN PARA LAS PERSONAS, QUE DIRECTA O INDIRECTAMENTE HAYAN EJERCIDO CARGO EN EL NIVEL DIRECTIVO EN ENTIDADES DEL ESTADO.

Primero es necesario recordar que el artículo 3 de la Ley 1474 de 2011, que modificó el texto del numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, se encuentra derogado a partir del 1 de julio de 2019, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019, sin embargo, el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, se encuentra vigente pero será derogado a partir del 1 de julio de 2021, conforme a lo anterior el artículo vigente es el siguiente:

***“ARTÍCULO 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:***

***22. Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado.***

***Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.***

***Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de***



*los cuales existe sujetos claramente determinados.”*

Del numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, se entiende a ex servidores públicos para gestionar intereses privados durante dos años después de la dejación del cargo en dos supuestos: (i) asesorar, representar o asistir, a título personal o por interpuesta persona, respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, en asuntos relacionados con funciones propias del cargo, y (ii) la prestación de iguales servicios a aquellas personas jurídicas o naturales sujetas a la inspección, vigilancia, control o regulación del organismo, entidad o corporación con el que hubiera estado vinculado.

En diferentes conceptos emitidos por la Función Pública como el concepto No. 22971 de 2015 y 397411 de 2019, establecen lo siguiente:

*“El servidor público al dejar su cargo, en los casos puntualmente examinados, aunque tiene limitados unos escenarios concretos y definidos para desarrollar sus actividades laborales y sus competencias profesionales o técnicas, de ello no se deriva que por fuera de ellos no pueda desempeñar actividades compatibles con su experiencia, trayectoria e intereses.*

*Estas inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones resultan perfectamente compatibles con la Constitución Política pues responde a un fin constitucionalmente legítimo como es el de abolir la práctica de indebidas influencias en la administración pública, favoritismos o ventajas inaceptables, que no se eliminarían de aceptarse que los ex servidores públicos, dentro de ese plazo razonable, puedan, sin límite alguno, asistir, asesorar o representar al propio organismo, entidad o corporación a la cual prestaron sus servicios, o gestionar ante ellas asuntos relacionados con el cargo que desempeñó o aún peor en relación con los asuntos concretos que el funcionario conoció en ejercicio de sus funciones, o hacerlo a favor de empresas, sociedades o entidades que precisamente estuvieron sujetas - de manera concreta y específica - a su control, vigilancia, inspección o regulación cuando desempeñó las funciones públicas.*

*Desde el punto de vista del contenido literal de la norma podría admitirse que el presupuesto en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, se aplicaría únicamente a la primera prohibición. Esta interpretación indicaría que la segunda prohibición al no estar sujeta al mismo supuesto que la primera, consagraría para los ex servidores públicos que cumplieron funciones de inspección, vigilancia, control o regulación, una restricción desproporcionada frente a sus derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de escoger profesión, arte u oficio, pues no podrían, durante el plazo previsto de los dos años a partir de la dejación de su cargo, asesorar, representar o asistir a cualquier persona natural o jurídica que pertenezca a los sectores que comprendían sus funciones y en cualquier tipo de asunto. Por esta razón y en aplicación del principio de conservación del derecho, se hace necesario expulsar del ordenamiento esa posible interpretación inconstitucional y, en su lugar, declarar la exequibilidad de la norma, bajo el entendido que el requisito "en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo", se aplica a las dos prohibiciones allí consagradas.*

*Así mismo, se entiende que las prohibiciones previstas en la norma se aplican única y exclusivamente respecto de asuntos que tengan relación con las funciones propias del cargo que desempeñaron y con respecto a la entidad, organismo o corporación a la que prestaron sus servicios. Lo que significa que los ex servidores públicos en uno y otro caso sí podrían, asistir,*



*representar o asesorar con respecto de las entidades para las cuales prestaron sus servicios o a quienes estuvieron sujetos (personas naturales o jurídicas) a su inspección, vigilancia, control y regulación, en asuntos distintos a aquellos que se relacionen con las específicas y concretas competencias que desempeñaron durante el tiempo de su vinculación a la entidad respectiva y con respecto a la misma.”*

La Corte en las sentencias C-893 de 2003 y C-257 de 2015, en el marco de una política de Estado orientada a la lucha contra la corrupción y de una Demanda de Inconstitucionalidad en contra del inciso 1° del artículo 3 y el artículo 4 de la ley 1474 de 2011 se refirió a lo siguiente:

(...)

*“4.4. Dentro de este contexto, el legislador estableció que los servidores públicos están sometidos a un régimen especial de incompatibilidades, inhabilidades, y prohibiciones; entendiéndose como incompatibilidades la situación de choque o exclusión creada por el ejercicio simultáneo de funciones públicas o privadas, con lo cual se lesionan los principios de moralidad, la convivencia pacífica, la igualdad y la transparencia.*

*Inhabilidad, como aquel límite razonable a los intereses particulares de los servidores públicos, o, cuando ciertas actuaciones privadas no pueden adelantarse ante uno o varios sectores del Estado, por haber servido en ellas y esto, para evitar el tráfico de influencias o el aprovechamiento privado de posiciones oficiales que desempeñaron en el pasado inmediato; y por último, prohibición como una obligación de no hacer, con la finalidad de garantizar el interés general frente a los intereses de los particulares, en relación con quienes están o han estado al servicio del Estado.*

(...)

*4.6. De acuerdo con lo anterior, la Corte considera que en efecto las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones impuestas al servidor público, extendiéndolas en el tiempo, a quienes hayan dejado de pertenecer a la administración, tienen como finalidad impedir el ejercicio de influencias, bien para gestionar negocios o para obtener contratos amparados en la circunstancia de haberlos conocido o tramitado mientras se estuvo vinculado a la administración.”*

De acuerdo con lo anterior, al referirse la norma a la prohibición indefinida en el tiempo de prestar a título particular unos servicios de asistencia, representación o asesoría respecto de los asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de su función, puede considerarse que la prohibición de realizar estas actividades se enmarca en el ejercicio de algunas funciones, cargos o actividades privadas que por su naturaleza o alcance puedan generar afectación a la función pública.

Precisamente las incompatibilidades son una forma de prohibición de ejercicio simultáneo del desempeño de actividades, o cargos, con la calidad de funcionario público, y con ellas se pretende controlar o evitar que los servidores públicos caigan en prácticas que atentan contra la ética, como lo es prestar asistencia o asesoría a título particular respecto de asuntos relacionados con las funciones adelantadas como funcionario público, prohibición que en concreto pretende evitar que terceros puedan beneficiarse de la información especial y del conocimiento que en razón de sus funciones tiene el servidor público”



En ese sentido, tal como lo señaló la Procuraduría General de la Nación mediante fallo No. 161-3296(163-12417105), aprobado en Acta de Sala No. 54 del diciembre 6 de 2006, respecto a la prohibición establecida en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, estableció que ésta prohibición pretende evitar que terceros puedan beneficiarse de la información especial y del conocimiento que en razón de sus funciones tiene el servidor público y que la función pública sea utilizada de manera ilegal en provecho de intereses particulares o con exclusiones indebidas, o con favoritismos que reflejen privilegios no autorizados por la ley, o con ventajas obtenidas a merced del uso de información a la que se tuvo acceso por razón de la calidad de servidor público. (subrayado fuera del texto)

### III. CONSIDERACIONES

De manera general se tiene que, la viabilidad jurídica es definida como el respaldo de la ley para llevar a cabo una acción determinada de un modo correcto, es decir, que existen las garantías que permiten determinada práctica en un orden público y privado.

Ahora bien, es importante precisar que 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.

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.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza jurídica de las federaciones 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 en su artículo 11 que:

*“ARTÍCULO 11.- Modificado por el art. 1, Ley 494 de 1999 Federaciones deportivas. Las federaciones deportivas nacionales son organismos de derecho privado, constituidas como asociaciones o corporaciones por un número mínimo de ligas deportivas o asociaciones deportivas departamentales o del Distrito Capital o de ambas clases, para fomentar, patrocinar y organizar la práctica de un deporte y sus modalidades deportivas dentro del ámbito nacional e impulsarán programas de interés público y social. (Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la corte Constitucional mediante Sentencia C-1110 de 2000)*

*Las federaciones deportivas adecuarán su estructura orgánica para atender el deporte aficionado y el deporte profesional separadamente, y tendrán a su cargo el manejo técnico y administrativo de*



*su deporte en el ámbito nacional y la representación internacional del mismo.”*

En consecuencia, y teniendo en cuenta que son organismos de derecho privado, se infiere que quien tenga la calidad de ex-servidor público podría vincularse a dichos organismos, siempre y cuando **no ejerza asuntos en los que tuvo relación con las funciones propias del cargo que desempeñó en la entidad pública**, señalando de manera expresa que como director o Representante Legal no podrá celebrar contrato con la entidad a la cual prestó su servicio.

Así mismo, se aclara que frente a la posibilidad de que la Federación quiera o no contratar al ex servidor público AFRANIO RESTREPO, esta Oficina no puede interferir en la decisión de contratación de una entidad privada, sin ánimo de lucro y mucho menos externa.

En los anteriores términos, se atiende lo planteado, no sin antes manifestarle que conforme a lo establecido artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, el artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 26 del Código Civil y la Ley 153 de 1887, los conceptos son criterios auxiliares de interpretación y no vinculan ni comprometen a la Oficina Jurídica del Ministerio, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, motivo por el cual, las apreciaciones de la presente respuesta solamente sirven para dar una ilustración de carácter general para que el peticionario, conforme a lo expuesto, asuma su propia posición conforme al grado de análisis y conocimiento adquirido.

Cordialmente,

Rodrigo Suárez Giraldo  
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Anexos: (Sin anexos)

Elaboró: Leidy C. Castañeda

Revisó: Zeida Mireya Graciela Bohorquez Contretras / 28-08-2020 12:22