



Función Pública

Concepto 96061 de 2014 Departamento Administrativo de la Función Pública

20146000096061

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000096061

Fecha: 21/07/2014 12:34:06 p.m.

Bogotá, D.C.,

REF: VARIOS. Régimen legal del Fondo Mixto para la Promoción del Deporte y la Gestión Social. Régimen contractual aplicable. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades en materia contractual. Radicado: 20142060082522 del 6 de junio de 2014.

En atención a su oficio de la referencia y de acuerdo a la información aportada en su comunicación, me permito manifestarle lo siguiente:

El Fondo Mixto para la Promoción del Deporte mediante acta del 27 de octubre de 2009 cambió su nombre por el de FONDO MIXTO PARA LA PROMOCIÓN DEL DEPORTE Y LA GESTION SOCIAL, reconociéndose por Resolución No.00482 de 1993, del Departamento Administrativo Jurídico División Asuntos Delegados de la Nación Gobernación del Valle personería jurídica.

Revisados los Estatutos del Fondo Mixto para la Creación del Deporte, se establece respecto de la naturaleza jurídica del Organismo:

“ARTÍCULO 1º: DENOMINACIÓN Y NATURALEZA: El FONDO MIXTO PARA LA PROMOCIÓN DEL DEPORTE es una Asociación sin ánimo de lucro, de carácter mixto regida por las normas del derecho privado, y donde por la naturaleza de las personas que en ella intervinieron públicas y particulares hacen de ella una entidad oficial de segundo orden descentralizada e indirecta por servicios, destinada a la promoción y financiación del DEPORTE Y LA INFRAESTRUCTURA SOCIAL VINCULADA AL DEPORTE, LA RECREACIÓN Y LA EDUCACION FISICA.

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 exequibles 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. 2°, ord. 1°, 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)

La misma Corporación en Sentencia [C-691](#) del 5 de septiembre de 2007, Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández, señaló:

“Igualmente, como lo ha determinado esta Corte (16), de conformidad con el artículo 210 de la Constitución, de manera específica compete al legislador determinar el régimen jurídico de las entidades descentralizadas. Lo que entraña, entre otros aspectos, la precisión de cuáles de los organismos enunciados constitucionalmente conforman tal categoría administrativa y jurídica, la determinación de funciones generales, organización básica interna, régimen de la actividad, de los actos y contratos, responsabilidad de sus directores y gerentes y las interrelaciones con los demás órganos del Estado y de la administración. En desarrollo de las atribuciones que someramente se han enunciado, el legislador deberá tener en cuenta, obviamente, los fines del Estado y de sus autoridades y las misiones que están llamadas a cumplir las entidades constitucionalmente enumeradas y las que el mismo legislador, dentro de sus competencias, estime necesario crear para el cabal cumplimiento de los cometidos estatales.

El ejercicio de la aludida potestad por parte del legislador habrá de procurar la optimización del cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual deberá observar los límites señalados en la propia Constitución atinentes a los derechos fundamentales de los asociados, y a los enunciados constitucionales en relación con la estructura y funcionamiento de la organización del Estado y los modelos institucionales previstos para el desarrollo de las diversas actividades a cargo del Estado.

Además, como lo ha considerado esta corporación, la descentralización por servicios, “... siempre ha tenido como presupuesto una relación que implica un poder de supervisión y orientación que se ejerce para la constatación de la armonía de las decisiones de los órganos de las entidades descentralizadas con las políticas generales adoptadas por el sector, y que es llevado a cabo por una autoridad sobre otra, o sobre una entidad, control que el constituyente avaló cuando acogió esta forma de organización administrativa (17)”.

Entidades descentralizadas por servicios, que constitucionalmente no solo se rigen por lo previsto en los artículos 209 y 210, sino además por otras disposiciones que regulan de forma directa el ejercicio de diversos aspectos específicos de las mismas, como la calidad de los servidores, inhabilidades, controles, nombramiento y remoción, regulación presupuestal, etc., según puede apreciarse: i) el carácter de servidores públicos de los miembros de entidades descentralizadas por servicios (art. 123); ii) los congresistas no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades oficiales descentralizadas de cualquier nivel (art. 180-3); los diputados, concejales y sus parientes dentro grado que señale la ley no podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio (art. 292); y los concejales y los ediles no podrán hacer parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas (art. 323); iii) Las cámaras pueden requerir la asistencia de los ministros. Las comisiones permanentes, además, la de los directores o gerentes de las entidades descentralizadas del orden nacional y la de otros funcionarios de la rama ejecutiva del poder público (art. 208); iv) la ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los representantes legales de entidades descentralizadas (art. 211); v) el control fiscal es una función que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación (art. 267); vi) habrá un Contador General quien llevará la contabilidad general de la Nación y consolidará ésta con la de sus entidades descentralizadas por servicios, cualquiera que sea el orden al que pertenezcan, excepto la referente a la ejecución del Presupuesto, cuya competencia se atribuye a la Contraloría (art. 354); vii) corresponde a las asambleas departamentales por medio de ordenanzas solicitar informe sobre el ejercicio de sus funciones a los directores de institutos descentralizados del orden departamental (art. 300-11); son atribuciones del gobernador nombrar y remover libremente a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales del Departamento. Los representantes del departamento en las juntas directivas de tales organismos y los directores o gerentes de los mismos son agentes del gobernador (art. 305-5); y son atribuciones del gobernador velar por la exacta recaudación de las rentas de las entidades descentralizadas (art. 305-11); viii) son atribuciones del alcalde nombrar y remover a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local (art. 315-3); ix) la ley orgánica de presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar (art. 352); y x) los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del

Estado forman parte de la Rama Ejecutiva (art. 115), entre otras disposiciones (18).

En efecto, la calificación que haga el legislador de una entidad o de categorías de entidades como “*entidades descentralizadas*”, en desarrollo de las atribuciones que le confiere los artículos 150-7 y 210 de la Constitución, *per se* comporta la sujeción directa de dicha entidad o entidades a las reglas constitucionales citadas anteriormente, que aluden a aspectos diversos de la organización, funcionamiento y control de todos los organismos que ostenten dicha calidad (19).” (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, puede inferirse que el FONDO MIXTO PARA LA PROMOCIÓN DEL DEPORTE Y LA GESTION SOCIAL pertenece a la Rama Ejecutiva del Estado del orden territorial, y al ser un fondo de participación mixta, se considera como una entidad descentralizada indirecta, es decir, constituye una modalidad de la descentralización por servicios. Por lo tanto, 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 constituyan 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)”.

De lo anterior puede inferirse que las personas que prestan sus servicios en el FONDO MIXTO PARA LA PROMOCIÓN DEL DEPORTE Y LA GESTION SOCIAL no son servidores públicos, excepto sus representantes legales y los funcionarios de los niveles directivos, asesor o ejecutivo a quienes se les asigne la función de celebración de contratos en representación de aquél, quienes son considerados servidores públicos en materia contractual, según lo señalado en el literal a) del ordinal 2º del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, y por lo tanto responderán disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual.

Ahora bien, con respecto a cada una de sus preguntas, le informo lo siguiente:

1.- La naturaleza jurídica del Fondo está por el acto de creación y conforme a sus estatutos se trata una asociación sin ánimo de lucro regida por las normas del derecho privado, de carácter mixto, entidad oficial de segundo orden descentralizada e indirecta por servicios.

2. El régimen legal al que pertenece las asociaciones de participación mixta, por no ser de creación legal, se consideran bajo la denominación genérica de entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado y están 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. El Régimen contractual y las inhabilidades e incompatibilidades que les aplica a las Corporaciones y Fundaciones en materia contractual es un tema que escapa a la competencia de esta Dirección jurídica, por lo que sugerimos dirigir sus inquietudes sobre el particular a Colombia Compra Eficiente.

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

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN

Directora Jurídica

Jaime Jiménez/JFCA/CPHL

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-08-02 10:02:33