

**“PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS PARA LA
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL”**

**Presentado por: Laura Milena Canizales Herrera
Carolina Fernanda León Galeano**

Director: Dr. Hernàn Alejandro Olano Garcia MSc., PhD.

**CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO-JURIDICAS
Facultad de Derecho**

**Universidad de la Sabana Puente el Común Chìa
2004**

TABLA DE CONTENIDO

| | Pág. |
|---|-------------|
| INTRODUCCIÓN | 12 |
| 1. ANTECEDENTES DE LA ATRIBUCIÓN DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS A PARTICULARES | 19 |
| 1.1 ORIGEN EN FRANCIA | 20 |
| 1.2 ORIGEN EN COLOMBIA | 21 |
| 2. PARTICIPACIÓN DEL PARTICULAR EN LA GESTIÓN PÚBLICA | 23 |
| 2.1 PARTICIPACIÓN CIUDADANA | 23 |
| 2.1.1 Noción participación ciudadana | 23 |
| 2.1.2 Noción de descentralización por colaboración | 24 |
| 2.2 PARTICULAR Y SERVIDOR PÚBLICO | 25 |
| 2.2.1 Qué se entiende por particular | 25 |
| 2.2.2 Qué se entiende por servidor público | 26 |

| | | |
|-----------|---|-----------|
| 2.2.2.1 | Clasificación de los servidores públicos | 26 |
| 2.2.3 | Particulares que ejercen funciones administrativas | 28 |
| 3. | FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y SU EJERCICIO POR PARTICULARES | 34 |
| 3.1 | FUNCIÓN PÚBLICA | 34 |
| 3.1.1 | Noción función pública | 34 |
| 3.1.2 | Noción función administrativa | 36 |
| 3.1.3 | Diferencia entre función pública y servicio público | 39 |
| 3.2 | CONSTITUCIONALIDAD DEL EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS | 41 |
| 3.3 | SUPUESTOS PARA ATRIBIR FUNCIONES ADMINISTRATIVAS A PARTICULARES | 45 |
| 3.3.1 | Según la doctrina | 45 |
| 3.3.2 | Según la Constitución y la Jurisprudencia | 46 |
| 3.4 | FUNCIONES QUE PUEDEN ATRIBUIRSE A PARTICULARES | 49 |

| | | |
|-----------|---|-----------|
| 3.4.1 | Límites en relación con su ejercicio | 49 |
| 3.4.2 | Requisitos para conferir funciones administrativas a particulares | 50 |
| 4. | RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES ADMINISTRATIVAS | 52 |
| 4.1. | RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACTOS Y CONTRATOS | 52 |
| 4.2. | RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES | 53 |
| 4.2.1 | Prohibiciones de los servidores públicos | 53 |
| 4.2.2 | Inhabilidades del servidor público | 55 |
| 4.3. | RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD | 55 |
| 4.3.1. | Responsabilidad Penal | 57 |
| 4.3.2. | Responsabilidad Civil | 58 |
| 4.3.3. | Responsabilidad Disciplinaria | 60 |
| 4.3.3.1 | Evolución jurisprudencial de los particulares como destinatarios de la ley disciplinaria | 60 |
| 4.3.3.2 | Régimen disciplinario aplicable a particulares | 63 |
| 4.3.4 | Responsabilidad contractual | 63 |

| | | |
|-----------|---------------------------------|-----------|
| 4.4 | RÉGIMEN DE REMUNERACIÓN | 66 |
| 4.5 | RÉGIMEN DE CONTROL Y VIGILANCIA | 67 |
| 4.5.1 | Control directo | 67 |
| 4.5.2 | Control disciplinario | 68 |
| 4.5.3 | Control fiscal | 68 |
| 5. | LÍNEA JURISPRUDENCIAL | 71 |
| 5.1 | LÍNEA GENERAL | 71 |
| 5.2 | LÍNEA DEL PROBLEMA JURÍDICO | 72 |
| 6. | CONCLUSIONES | 75 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 78 |
| | ANEXOS | 83 |

LISTA DE ANEXOS

Pág.

ANEXOS PRIMERA PARTE

Anexo A. Ficha N.1. 83

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-308 de 1994 (7 de Julio) Demanda de inconstitucionalidad contra el literal b, ordinal 2, artículo 19 del Decreto-Ley 2420 de 1968; artículo 1 del Decreto-Ley 1748 de 1991; artículo 1 Decreto-Ley 2055 de 1991; artículos 264 numerales 1 y 3; 265 numeral a 2; 266 numerales 1 y 2 del Decreto-Ley 663 de 1993. Magistrado Ponente. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL. Ref: Expediente D-476.

Anexo B. Ficha N. 2 92

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-166 de 1995 (20 de Abril) Acción pública de inconstitucionalidad contra los numerales 5 y 6 del artículo 22 de la ley 80/1993 "Por la cual se expide el Estatuto General de la Administración Pública". M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara. Ref. Expediente D-643.

Anexo C. Ficha N. 3 98

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-167 de 1995 (20 de Abril) Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 88 del Decreto 410 de 1971. Código de Comercio. Magistrado Ponente. Dr. FABIO MORÓN DÍAZ

Anexo D. Ficha N. 4 106

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-631 de 1.996 (Noviembre 21) Acción

pública de inconstitucionalidad contra el inciso 2 del artículo 5 de la ley 190/1995, afirmando su competencia con fundamento en lo dispuesto en el art. 241-4 de la C.N. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonel. Ref. Expediente D-1326.

Anexo E. Ficha N. 5

111

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-286 de 1.996 (Junio 27) Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 20 parcial de la ley 200/1995. M.P. Dr. José Gregorio Hernandez Galindo. Ref. Expediente D-1116.

Anexo F. Ficha N. 6

117

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-091 de 1.997 (Febrero 26) Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 233 parcial de la ley 223/1995, "Por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones". M.P. Dr. Jorge Arango Mejía. Ref. Expediente D-1412.

Anexo G. Ficha N. 7.

123

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-181 de 1.997(Abril 10) Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 2 (parcial) del Decreto 960 de 1970 "por el cual se expide el estatuto del notariado" M.P. Dr. Fabio Morón Díaz. Ref. Expediente D-1450.

Anexo H. Ficha N. 8

128

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-563 de 1.998 (Octubre 7) acción pública de inconstitucionalidad contra la ley 80/1993, artículos 52, 53 y 56, y la ley 190/1995 artículos. 18,19 y 20. M.P. Drs. Antonio Barrera Carbonel y Carlos Gaviría Díaz. Ref. Expediente D-1989.

Anexo I. Ficha N. 9

138

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-702 de 1.999 (Septiembre 20) Acción pública de inconstitucionalidad en contra de los artículos 7 (parcial), 47(parcial),

51,52,53,54,55,59 (parcial), 68 (parcial), 111 (parcial) y 120 de la ley 489/1998“ por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden disposiciones y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del art. 189 C.N. y se dictan otras disposiciones” M.P. Dr. Fabio Morón Díaz. Ref. Expediente D-2296.

Anexo J. Ficha N. 10

148

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-866 de 1.999 (Noviembre 3) Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 110 y 111 de la ley 489/1998, “por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden disposiciones y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del art. 189 C.N. y se dictan otras disposiciones” M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Ref. Expediente D-2369.

Anexo K. Ficha N. 11

157

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-1142 de 2.000. (Agosto 30) Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 90 del Código de Comercio. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Ref. Expediente D-2835.

Anexo L. Ficha N. 12

164

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-1508 de 2.000 (Noviembre 8) Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 10 del Decreto 960/1970, modificado por el art. 21 de la ley 29/19732 Estatuto del Notariado“ M.P. Dr. Jairo Charry Rivas. Ref. Expediente D- 2967.

Anexo M. Ficha N. 13

170

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-233 de 2.002 (Abril 4) Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 17 y 18 de la ley 678/2001 “por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o del

llamamiento en garantía con fines de repetición” M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis. Ref. Expediente D- 3704.

Anexo N. Ficha N. 14

177

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 094 de 2003 (11 de Febrero) Acción Pública de inconstitucionalidad contra el numeral 29 del artículo 48 de la ley 734 de 2002 “por el cual se expide el Código Disciplinario Único”. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Anexo O. Ficha N. 15

184

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 2003 (28 de Febrero) Acción Pública de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 17,46, 53, 93, 143, 160, 165 (parciales) de la ley 734 de 2002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único” y contra el art. 115 (parcial) de la ley 270 de 1996 “Estatutaria de la Administración de Justicia” M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis. Ref. Expediente. D-3982.

ANEXOS SEGUNDA PARTE

Anexo A. Encuesta

191

Anexo B. Formato de Encuesta

193

Anexo C. Gráfica de Encuesta

194

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|--------|-----------------------------------|
| Art. | Artículo |
| Arts. | Artículos |
| C.c | Código Civil |
| C.co | Código de Comercio |
| C.C.A. | Código Contencioso Administrativo |
| C.P | Constitución Política |
| C.p | Código Penal |
| D.L. | Decreto - Ley |
| Inc. | Inciso |
| L. | Ley |
| M.P. | Magistrado Ponente |
| N. | Número |
| num. | Numeral |

INTRODUCCIÓN

El estudio de los particulares que ejercen funciones públicas en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, hace parte de la línea de investigación “Justicia Constitucional” desarrollada por el Dr. Hernán Alejandro Olano García MsC., PhD, que busca ayudar a la comunidad académica compuesta tanto por estudiantes como por catedráticos; así como a los particulares que ejercen funciones administrativas a entender el nuevo concepto del sistema de precedentes utilizado en los últimos años de forma creciente por los jueces de la República de Colombia, el cual presenta nuevas técnicas de lectura e interpretación. Se pretende además no solo que se tenga claridad sobre el tema de investigación; sino también que se comprendan las implicaciones que suscita esta materia, como fuerte desarrollo del principio de participación operante en el Estado Social y Democrático de Derecho, bajo el cual está edificado el Estado Colombiano.

Los principios que orientan esta investigación documental (estado del arte) de conformidad con el libro “Un modelo para investigación documental”¹ son:

1. Principio de finalidad. Relacionado con la necesidad de plantear unos objetivos de investigación concebidos previamente.
2. Principio de coherencia. Apunta a la unidad interna del proceso en relación con las fases, las actividades y los datos que constituyen la materia prima de la investigación.
3. Principio de fidelidad. Cimentado en la recolección de la información y en la transcripción fidedigna de los datos.
4. Principio de integración. Entrañando la evaluación cualitativa que se hace de cada una de las unidades de análisis, de los núcleos temáticos y del conjunto.
5. Principio de comprensión. Que posibilita la construcción teórica del conjunto en perspectiva global para poder ofrecer conclusiones en forma sintética sobre el estado general de la temática.

¹ HOYOS BOTERO, Consuelo. Un modelo para investigación documental, Señal Editora, Medellín, 2000. Pág. 68

El grupo de derecho constitucional, configuró esta obra, a través del detallado estudio de cada una de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional sobre el tema; determinando, tanto los elementos fácticos como normativos, mediante la implementación de un formato de ficha que permitió determinar el problema jurídico que encabeza la línea jurisprudencial; así como, la identificación de las sentencias fundadoras de línea, hito y confirmadoras de principio, que permitieron bosquejar una línea jurisprudencial; la cual da solución al problema jurídico planteado.

Las sentencias analizadas fueron seleccionadas de conformidad con la citación de específicos postulados, realizada de forma detallada y completa por la sentencia más reciente sobre el tema de investigación; cual es la sentencia C-037 de 2003 M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis. Debe tenerse en cuenta que muchas de las sentencias allí señaladas estudiaban la constitucionalidad de leyes actualmente derogadas como por ejemplo la ley 200 de 1995 en la sentencia C-280 de 1996 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero; por tanto se obvió su estudio; sin embargo algunas fueron examinadas; puesto que la sentencia en cuestión confirma determinados postulados establecidos en sentencias de ese tipo; como ocurrió con la sentencia C-286 de 1996 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, que también analiza la ley 200 de 1995.

Los formatos de ficha utilizados en este trabajo se encuentran en la primera parte de los anexos; parte que consideramos fundamental en esta investigación; ya que del análisis de las sentencias allí relacionadas fue posible la estructuración de este escrito, de lo cual podrá darse cuenta el lector, pues son múltiples las citas que sustentan los diferentes capítulos de esta obra; razón por la cual, juzgamos prudente que si el lector desea profundizar aún más sobre una sentencia en particular, se dirija al anexo correspondiente, para ver su contenido.

Paralelamente, durante el transcurso del año 2003 se realizó una encuesta a doscientos estudiantes de noveno y décimo semestre de la facultad de derecho de la Universidad de la Sabana, la Universidad del Rosario y la Universidad Católica, con el fin de medir el nivel de conocimiento sobre la materia; mediante un formato de encuesta en documento impreso, entregado a los estudiantes al salir de las aulas de clase, en los cuales, los estudiantes marcaban con estilógrafo una "X" a las preguntas de acuerdo al criterio adoptado por cada uno de ellos.

La encuesta consistió en responder la siguiente pregunta: ¿cuál es el régimen jurídico de responsabilidad aplicable a los particulares que ejercen funciones administrativas?. Para la cual se dieron tres posibles respuestas, a saber: a) responden como particulares que son; b) responden como servidores públicos por

ejercer una función pública, y c) no saben o no responden. Lo anterior dio como resultado lo siguiente: 110 personas optaron por la respuesta a); 50 personas respondieron b); y 40 personas optaron por la respuesta c). Esto nos muestra un alto grado de desconocimiento; lo cual no deja de preocuparnos; puesto que en un futuro, por lo menos el 50% de los encuestados no tendrían el suficiente criterio para solucionar problemas jurídicos en el campo de la responsabilidad de los particulares que ejercen funciones públicas; por lo tanto, es necesario profundizar más este tema en los programas de derecho administrativo.

El formato de encuesta, la gráfica que muestra los resultados antes descritos y las conclusiones de la misma se encuentran en la segunda parte de los anexos, debido a que a contrario sensu de lo que ocurre con las fichas de las sentencias, tal encuesta no integra un pilar fundamental del trabajo; sino simplemente constituye una pequeña muestra en cuanto al conocimiento del tema en los estudiantes de derecho, pues como puede observarse no cubre a toda la comunidad estudiantil de todas las universidades de Bogotá. La encuesta simplemente nos sirvió como impulso para hacer una investigación más concreta sobre el tema, con el propósito de cubrir en principio, esta deficiencia en los estudiantes encuestados y en particular en la comunidad académica de la Universidad de la Sabana.

El problema jurídico que se presenta en esta monografía radica en determinar qué clase de régimen jurídico debe ser aplicado a los particulares que ejercen funciones públicas y en consecuencia establecer si dichos particulares responden penal, civil y disciplinariamente como particulares, por el hecho de ser particulares aunque en ejercicio de una función administrativa; o por el contrario responden de la misma forma que los servidores públicos, por cuanto dichas personas ejercen una función pública.

El escenario de la línea jurisprudencial estudiada muestra lo siguiente: en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable a los particulares que ejercen funciones públicas, solo seis de las sentencias analizadas se refieren al tema; cuales son: la sentencia C-166 de 1995 M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara; sentencia C-286 de 1996 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo; sentencia C-181 de 1997 M.P. Dr. Fabio Morón Díaz; Sentencia C-563 de 1998 M.P. Drs Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz; sentencia C-233 de 2002 M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis; sentencia C-094 de 2003 M.P. Dr. Jaime Córdova Triviño; y la sentencia C-037 de 2003 M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

La sentencia C-037 de 2003 M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis es fundamental; puesto que reitera postulados de sentencias anteriores y delimita el campo de evolución

jurisprudencial de la responsabilidad disciplinaria, que actualmente considera al particular que ejerce funciones públicas desde un criterio material y no subjetivo o de subordinación como se concibió en un principio. Circunstancia, que sin lugar a dudas está conforme con la Constitución y con el desarrollo social del Estado Colombiano; puesto que se entiende que el particular que ejerce funciones administrativas debe responder no solo como un simple particular por el hecho de serlo; sino como un servidor público en virtud de la función pública que ejerce; pero únicamente en cuanto al desarrollo de tal función, ya que; lo que no implica ese ejercicio debe ser juzgado conforme al régimen privado.

Por otra parte, las sentencias: C-308 de 1994 M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell; C-167 de 1995 M.P. Dr. Fabio Morón Díaz; C-631 de 1996 M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell; C-091 de 1997 M.P. Dr. Jorge Arango Mejía; C-702 de 1999 M.P. Dr. Fabio Morón Díaz; C-866 de 1999 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa; C-1508 de 2000 M.P. Dr. Jairo Charry Rivas; y la sentencia C-1142 de 2000 M.P. Dr. José Gregorio Hernández, tratan sobre temas como la clase de funciones que pueden ser atribuidas a los particulares que pretendan ejercer una función administrativa, su remuneración, régimen de inhabilidades e incompatibilidades; así como el control y vigilancia, entre otros, los cuales, permitieron encuadrar la materia dentro del concepto de la descentralización administrativa por colaboración en el Estado Social y Democrático de Derecho.

Gracias a esas sentencias se logró tener una visión más clara sobre quiénes son los particulares que ejercen funciones administrativas; puesto que la doctrina se refiere someramente a ellos y su estudio no encuentra un capítulo especial dedicado a este asunto; sino que simplemente se hace referencia a él dentro del capítulo de la función pública o dentro del capítulo de la descentralización administrativa. Situación que no deja de ser preocupante; puesto que el tema en cuestión es tan amplio que merece un estudio más detallado, en relación con el régimen jurídico de cada uno de los particulares que ejercen funciones administrativas en la actualidad.

Antes de continuar, se aclara, como lo notara el lector, que se habla indistintamente del ejercicio por particulares de funciones públicas y funciones administrativas, como si dichas funciones fueran equivalentes, lo cual es un error; puesto que tales términos son diferentes (la función pública es el género y la función administrativa la especie), como se estudiará en el capítulo tercero de este escrito. La razón de esta supuesta equiparación es que tanto la doctrina como la jurisprudencia utilizan el género; es decir el “ejercicio de funciones públicas por particulares” para referirse al tema objeto de investigación. Lo pertinente, sin embargo, es hablar de la función administrativa que al trasladarse a los

particulares genera la descentralización por colaboración, como se tendrá oportunidad de ver.

Fijado el universo jurídico precedente damos inicio a nuestra investigación, dejando por sentado que, el ejercicio de funciones administrativas por particulares es una de las formas de participar e intervenir en la gestión pública, que permite poner en práctica la forma organizativa del Estado Colombiano, cual es la de ser un Estado Social y Democrático de Derecho. Este pilar fundamental, hizo que en la Constitución Política se ampliara el campo de participación de los ciudadanos en los artículos 123, 210, 267 y 365, permitiendo que determinados particulares pudieran ejercer funciones inherentes al Estado. Esta forma de participación en la gestión pública de los particulares se conoce con el nombre de descentralización por colaboración.

La descentralización por colaboración, tuvo sus orígenes en Francia, debido a la incapacidad del Estado francés de cumplir todas sus funciones administrativas por sí mismo; lo cual se plasmó en las sentencias: del 13 de Mayo de 1938, del 31 de Julio de 1942 y 15 de Enero de 1968, esta doctrina fue seguida por Colombia, como lo demuestra la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de Octubre de 1970 y la sentencia del 10 de Febrero de 1978 del Consejo de Estado, reconociéndose, finalmente la posibilidad de que un particular ejerciera funciones públicas en el C.C.A. de 1984 Art. 1, 82 y 128 num. 1.

De esta manera ha cambiado la forma en que se ha relacionado el sector público con el sector privado, dejando atrás la tradicional concepción, que venía manejando el Gobierno Nacional que concebía al Estado como único titular legítimo para el ejercicio de funciones administrativas, situación que dificultó la prestación eficiente de tales funciones y servicios, debido a la acumulación de deberes por parte del Estado; así como a la insuficiencia de recursos para suplir las necesidades públicas.

Es así, como a partir de la incapacidad estatal para cumplir con sus funciones de forma satisfactoria surgen nuevas figuras institucionales que pueden asumir de forma eficaz las funciones administrativas y son capaces de ir al paso del desarrollo tecnológico, que cada día se presenta con mayor fuerza, dejando de lado el arcaico sistema administrativo que tenía por dueño y señor al Estado de todo lo perteneciente a la actividad pública.

Estas figuras institucionales pueden ser personas jurídicas como las cámaras de comercio que son asociaciones gremiales o corporativas, y otras afines a ellas; y

también personas naturales como los notarios, los curadores urbanos o auxiliares de la administración (peritos, jurados de votación, contratistas, siempre y cuando ejerzan una función pública), permitiendo un trabajo conjunto de tales sectores en la búsqueda de la satisfacción de las necesidades de la población de forma eficiente y efectiva, así como propender por el bien común de los colombianos. Es claro entonces que los particulares que ejercen funciones administrativas, también llamados servidores públicos por asimilación en razón de la función pública que ejecutan, pueden ser tanto personas naturales como personas jurídicas que brindan ayuda al Estado para el cumplimiento de sus fines estatales.

Lo anterior puede incorporarse dentro de lo conocido por la doctrina como supuestos bajo los cuales los particulares participan en la gestión pública tales como: la administración corporativa, en la que se encuentran las cámaras de comercio; la administración privada, en donde están los notarios; o la administración mediante incorporación donde encontramos a los peritos.

Debe tenerse en cuenta, que tales particulares, además de las reglas generales establecidas en la Constitución y en la ley gozan de un régimen propio, como por ejemplo en el caso de los notarios que se rigen por el “Estatuto del Notariado y Registro” Decreto 960 de 1970 que se encarga de delimitar sus funciones y su campo de acción, además de otras particularidades; sin embargo este escrito no pretende estudiar a cada uno de los particulares que ejercen funciones públicas por separado, lo cual implicaría no sólo uno sino muchos trabajos de investigación por lo vasto de su contenido, simplemente, procura trazar, sistematizar y esclarecer en general el régimen jurídico aplicable a dichos particulares.

Antes de analizar el régimen jurídico aplicable a los particulares que ejercen funciones administrativas, este trabajo estudia además, importantes aspectos de nuestro derecho constitucional y administrativo, como: la clase de funciones públicas que pueden ser atribuidas a particulares; las cuales no sólo están limitadas por la ley sino también por la Constitución, no sin antes definir y encuadrar dos temas que tienden a confundirse como son: el concepto de función pública y el concepto de función administrativa. También se determinan los supuestos constitucionales para atribuir funciones administrativas a particulares, ya sea por la ley, mediante convenio o mediante la constitución de entidades de economía mixta, todo lo cual ayudará al lector a entender el campo bajo el cual están ubicados los particulares que ejercen funciones administrativas e indudablemente a delimitar la materia bajo examen.

El ejercicio de funciones administrativas por particulares, constituye entonces, un aspecto interesante tanto en la Constitución de 1991 como en la ley 489 de 1998,

específicamente en lo relacionado con las condiciones bajo las cuales los particulares pueden ejercer funciones públicas, los requisitos y procedimientos de los actos administrativos y convenios para conferir funciones administrativas a particulares, el señalamiento de las inhabilidades e incompatibilidades en que incurren los representantes legales de las entidades privadas que ejerzan funciones administrativas y la responsabilidad de los particulares en el ejercicio de las mismas.

Con lo cual, se determina que los particulares que ejercen funciones administrativas a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad administrativa, son asimilados a servidores públicos en lo relacionado con las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones; así como en materia de responsabilidad penal en razón de la función pública que ejecutan; al igual que en la responsabilidad civil y en la responsabilidad contractual bajo ciertos parámetros previamente determinados en especial en lo que tiene que ver con los contratistas independientes. En el caso de la responsabilidad administrativa dicha asimilación no es posible; puesto que la ley 734 de 2002 “Código Único Disciplinario” contiene un capítulo especial que rige a esta clase de personas, estableciendo las faltas y las sanciones disciplinarias a las que haya lugar.

Finalmente, se habla sobre la remuneración de los particulares que ejercen funciones administrativas; ejercicio que en principio es gratuito en virtud de los deberes constitucionales de participación y solidaridad de que son responsables tales particulares; así mismo se determina cuál es el organismo encargado de controlar las funciones públicas que ejerce el particular, sin perjuicio del control preferente de la Procuraduría General de la Nacional, desembocando por último en la línea jurisprudencial, la cual esquematiza de forma clara, sí la Corte Constitucional ha respetado y seguido el precedente constitucional sentado en esta materia. No debe olvidarse que la realización de la línea jurisprudencial se hizo con base en los criterios relacionados en el libro “el derecho de los jueces” del doctor Diego Eduardo López Medina².

Este documento investigativo, se constituye así, como una herramienta útil dinámica y de fácil consulta para todos aquellos que la estudien, pues encontrarán una respuesta única aplicable actualmente por la máxima corporación en lo referente al problema jurídico planteado, sin necesidad de analizar nuevamente la jurisprudencia pronunciada por la Corte Constitucional desde el año 1991 hasta el año 2003.

² LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces, Editorial Legis. Bogotá D.C., 2001. Pág. 10 y ss.

1. ANTECEDENTES DE LA ATRIBUCIÓN DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS A PARTICULARES

La atribución de funciones administrativas a particulares se ha concebido desde su apareamiento en Francia como una manera de llevar a la práctica la llamada descentralización por colaboración. Esta forma de descentralización surgió como una solución novedosa en cabeza del Estado, en el evento en que éste no pudiera cumplir una función eminentemente administrativa o le resultase muy gravoso hacerlo; por tal motivo y con el fin de cumplir sus obligaciones de forma más adecuada y eficiente se apoya en particulares que gozan de una formación especializada para llevar a cabo sus tareas públicas, en vez de recurrir al esquema tradicional de atribuir a un organismo público el manejo de la función que exige el cumplimiento de un determinado fin estatal, logrando no sólo descongestionar el cuerpo administrativo; sino también la obtención de un mejor cubrimiento en los servicios prestados a la comunidad.

Al respecto, la sentencia C-1508 de 2000 M.P. Dr. Jairo Charry Rivas expresó:

La actividad notarial como una expresión de la descentralización por colaboración. Esta forma de la descentralización se da en los casos en que el Estado decide acudir al apoyo de los particulares en el desempeño de alguna de sus funciones, cuando su manejo exige el concurso de personas con una formación especializada, de quienes no siempre dispone la administración, o cuando los costos y el esfuerzo organizativo que requiere el montaje de una estructura técnica adecuada para llevar a cabo la prestación del servicio especial, resulta físicamente onerosa y menos eficiente, que la opción de utilizar el apoyo del sector privado³.

Igualmente, la sentencia C-181 de 1997 M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, señaló:

La complejidad y el número creciente de las tareas que la organización política debe cumplir en la etapa contemporánea ha llevado a procurar el concurso de los particulares, vinculándolos, progresivamente, a la realización de actividades de las cuales el Estado aparece como titular, proceso que en algunas de sus manifestaciones responde a la denominada descentralización por colaboración, inscrita dentro del marco más amplio de la participación de los administrados “en las decisiones que los afectan y en la vida

³ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-1508 de 2.000 (Noviembre 8) Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 10 del Decreto 960/1970, modificado por el art. 21 de la ley 29/19732 Estatuto del Notariado“ Magistrado Ponente. Dr. JAIRO CHARRY RIVAS. Ref. Expediente D- 2967.

económica, política, administrativa y cultural de la nación”, consagrada por el art. 2 Superior como uno de los fines prevalentes del Estado Colombiano⁴.

1.1 ORIGEN EN FRANCIA

La denominada descentralización por colaboración se originó en Francia, sobre todo en la primera y segunda guerra mundial, debido a que el Estado Francés no podía ofrecer todos los servicios que prestaban determinadas ordenes de profesionales (médicos).

Lo anterior trajo, como resultado el problema de determinar qué clase de régimen jurídico era el que debía aplicarse a este sector, si el derecho privado por ser particulares o entidades privadas, o el derecho administrativo por prestar un servicio público. Esto, sin lugar a dudas fue lo que dio origen a la jurisprudencia del servicio público funcional, según la cual ante tal dificultad, se dice que lo importante es constatar que se presta un servicio público y tratarlo en el campo del derecho público; y en cuanto lo no relacionado directamente con el servicio público prestado se debía acudir al derecho privado.

Para este efecto, FRANK MODERNE dice:

Que se diferenció entre personas privadas encargadas de la gestión de un servicio público administrativo y personas privadas encargadas de un servicio público de gestión privada. En el primer caso se otorgó el manejo de los servicios públicos administrativos a particulares, sometidos a las normas del derecho público y sujetos al control del juez contencioso administrativo en cuanto a sus actos. Mediante las sentencias de 13 de Mayo de 1938 y 31 de Julio de 1942 del Consejo de Estado Francés se otorgó directamente funciones administrativas a particulares sin mediar contrato alguno y se admitió que los actos proferidos por estas personas eran verdaderos actos administrativos.

El segundo caso, se refiere a las personas privadas expresamente habilitadas para tomar decisiones obligatorias respecto de sus destinatarios, encargadas de un servicio público de gestión privada como los servicios públicos industriales y comerciales, donde sus decisiones constituían actos administrativos, sujetos al control jurisdiccional de los tribunales administrativos. Sentencia del tribunal de conflictos del 15 de enero de 1968.

MODERNE, critica esta posición jurisprudencial que se aparta de los criterios establecidos para los servicios públicos en los fallos anteriores, puesto que “es

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-181 de 1.997(Abril 10) Acción pública de inconstitucionalidad contra el art. 2 (parcial) del Decreto 960 de 1970 “por el cual se expide el Estatuto del Notariado” Magistrado Ponente Dr. FABIO MORON DIAZ Ref. Expediente D-1450.

inadmisible que organismos privados puedan imponer reglas estatutarias de valor obligatorio, sin la autorización de los poderes públicos competentes”, sin embargo el tribunal consideró que de esta actividad típicamente privada se derivaba el ejercicio de una función pública⁵.

Con el pasar del tiempo se confirmó que tal solución no era suficiente y generaba confusiones en cuanto al interrogante de aplicar el mismo régimen jurídico tanto a los particulares que ejercían funciones administrativas, como a los particulares que prestaban un servicio público; a lo cual se respondió que lo importante era que la función ejercida por el particular fuera administrativa, para poder atribuirle una responsabilidad administrativa; puesto que prestar un servicio público y ejercer una función pública no es lo mismo, como se verá a lo largo de este escrito.

1.2 ORIGEN EN COLOMBIA

La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado de Colombia recogieron la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, dando aplicación a la teoría de la descentralización administrativa por colaboración que es la ofrecida por entidades particulares en interés general.

Con la expedición del Código Contencioso Administrativo de 1.984 se reconoció expresamente esta modalidad en los siguientes artículos: el Art. 1, al definir el campo de su aplicación, señaló que las normas de la parte primera se aplicarían a “las entidades privadas” cuando “cumplan funciones administrativas”. Art. 82 que sometió al control jurisdiccional pertinente “las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas” y por último el Art. 128 (num. 1) al definir la competencia del Consejo de Estado.

“La Jurisprudencia Nacional, por su parte reconoció la existencia de actos administrativos originados en entidades privadas en reiterados pronunciamientos, entre los cuales se destacan como antecedentes, la sentencia proferida por la

⁵ MODERNE, Frank. Decadencia, Cita de SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo – introducción. Tercera edición. Edit. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003. Pág. 162.

Corte Suprema de Justicia el 14 de Octubre de 1970 y la posterior de 10 de febrero de 1978 del Consejo de Estado”⁶.

En este sentido la Carta Política de 1991, a pesar de que no incluyó la presencia de los ciudadanos en la gestión directa administrativa, dentro del listado de los mecanismos de participación democrática del artículo 103, constitucionalizó y le dio mayor sustento a esta modalidad de descentralización administrativa al referirse a ella en los artículos 123, 210, 267 y 365; los cuales son analizados en mayor detalle en el título siguiente.

Lo anterior significa, que la Constitución política ha ampliado de forma significativa el grado de participación de los ciudadanos colombianos; permitiéndoles no solo tomar parte en las decisiones que los afecten; sino también colaborar en el desarrollo de la gestión pública, bajo determinados parámetros. De esta forma resulta pertinente hacer en el capítulo siguiente una breve referencia a lo concerniente con la participación del particular en la gestión pública, para poder comprender las implicaciones que esto conlleva.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-166 de 1995 (20 de Abril). Acción pública de inconstitucionalidad contra los numerales 5 y 6 del art. 22 de la ley 80/1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de la Administración Pública”. Magistrado Ponente. Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA. Ref: Expediente D-643.

2. PARTICIPACIÓN DEL PARTICULAR EN LA GESTIÓN PÚBLICA

Siendo que el ejercicio de funciones administrativas por particulares se entiende como una forma de participación en la gestión pública; conviene determinar qué significa la participación ciudadana y la descentralización administrativa por colaboración dentro de ese contexto; así como, fijar de entrada el significado de “particular” y el significado de “servidor público”, puesto que el particular que ejerce funciones administrativas es también llamado servidor público por asimilación; lo anterior con el fin de entender a qué clase de personas es a las que se está haciendo referencia en esta investigación.

2.1 PARTICIPACIÓN CIUDADANA

2.1.1 Noción de participación ciudadana: la participación ciudadana es el medio por el cual se busca conseguir y fortalecer la colaboración de los ciudadanos colombianos en actividades como: la planeación, la implementación, la ejecución y la intervención en la estructura; así como en el control de las políticas públicas.

Según Norha Manotas González la participación ciudadana “Es inherente al estado democrático y se constituye en el principal medio para ampliar los instrumentos democráticos de cualquier sociedad. Implica, entonces, estilos alternativos de desarrollo, la socialización de las políticas públicas, y genera nuevos espacios de discusión, así como mecanismos de articulación entre el Estado y nuevos actores emergentes”⁷

Se aclara que cuando los particulares participan en el campo democrático, mediante los mecanismos de participación ciudadana como el voto, el plebiscito, el referendo o el cabildo abierto, lo hacen solamente como ciudadanos colombianos con la consiguiente facultad de ejercer todos sus derechos y garantías; por lo tanto allí no hay función administrativa, y por lo mismo no se presenta la llamada descentralización por colaboración.

⁷ MANOTAS GONZÁLEZ, Norha. Participación Ciudadana. Mito y realidad en la gestión pública. Del libro Primeras Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2001. Pág. 325.

2.1.2 Noción de descentralización por colaboración: la descentralización por colaboración, también llamada por la doctrina descentralización corporativa es una forma de descentralización administrativa que se presenta cuando personas privadas o particulares ejercen funciones administrativas autorizadas y atribuidas por ministerio de la ley.

Según Jorge Enrique Ayala Caldas la descentralización por colaboración consiste “En que personas privadas o particulares, naturales o jurídicas, prestan funciones administrativas en interés general o prestan un servicio público, como en el caso del aseo”⁸

Al respecto la sentencia C-308 de 1994 M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell estableció:

La intervención de los particulares en los servicios estatales es una de las expresiones más genuinas de la democracia participativa, por que hace real uno de los fines esenciales del Estado que consiste en “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación” (C.P. art. 2), y, además, permite involucrar en la acción pública a los propios sectores comprometidos e interesados en la prestación del servicio. Y es, por todo ello, una de las formas que adopta la descentralización administrativa, doctrinariamente reconocida como “descentralización por colaboración”⁹.

Elementos que caracterizan la descentralización por colaboración:

- a) Se presta un servicio público de interés general.
- b) Su ejercicio está a cargo de entidades privadas o particulares.
- c) Las funciones atribuidas son autorizadas por la ley.

⁸ AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Elementos del derecho administrativo general. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. 1999. Pág. 131.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-308 de 1994 (7 de Julio) Demanda de inconstitucionalidad contra el literal b, ordinal 2, artículo 19 del Decreto-Ley 2420 de 1968; artículo 1 del Decreto-Ley 1748 de 1991; artículo 1 Decreto-Ley 2055 de 1991; artículos 264 numerales 1 y 3; 265 numeral a 2; 266 numerales 1 y 2 del Decreto-Ley 663 de 1993. Magistrado Ponente. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL. Ref: Expediente D-476.

Así mismo, cuando se dice que un particular ejerce una función administrativa; no quiere decir que este haya perdido su condición de tal; sino que dicha persona por mandato legal y en virtud del principio de la participación ha empezado a colaborar al lado del Estado en el mejoramiento de la gestión pública mediante el ejercicio de funciones administrativas, con el fin de lograr un beneficio común.

2.2 “PARTICULAR” Y “SERVIDOR PÚBLICO”

2.2.1 Qué se entiende por “particular”: en el Art. 210 C.P no se especificó qué clase de particular es quien puede cumplir funciones administrativas, por tanto se sustrae que es tanto la persona natural como la jurídica. Al respecto la sentencia C-091 de 1997 M.P. Dr. Jorge Arango Mejía establece: “La frase con que termina el inciso primero del Art. 210 de la Constitución, autoriza el cumplimiento de funciones administrativas por particulares; “los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”. Como la Constitución no distingue, hay que entender que los “particulares” pueden ser **personas naturales o personas jurídicas**”¹⁰.

De conformidad con lo anterior, se concluye que el particular a quien se le pueden atribuir funciones administrativas puede ser de dos clases:

a) *Persona Natural:* el artículo 73 del Código Civil, establece que persona natural “son todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”; que por el solo hecho de ser personas tienen derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica artículo 14 C.P. La personalidad jurídica, no es otra cosa que la aptitud natural de todo individuo de la especie humana para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas.

Se debe tener en cuenta que para atribuir funciones públicas a una persona natural está debe tener capacidad legal; es decir ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones por sí mismo, y sin el ministerio o la autorización de otra persona, artículo 14 del Código Civil.

b) *Persona Jurídica denominada también moral o colectiva:* según el artículo 633 del Código Civil “se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-091 de 1.997 (Febrero 26) Acción pública de inconstitucionalidad contra el art. 233 parcial de la ley 223/1995, “Por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones”. Magistrado Ponente. Dr. JORGE ARANGO MEJIA. Ref. Expediente D-1412.

ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. Pueden ser corporaciones o fundaciones entre otras.

La persona colectiva esta integrada por personas naturales, quienes no pueden realizar por sí mismas los actos jurídicos de derecho, sino que sus decisiones se toman a través de órganos suyos creados para tal fin y su voluntad jurídica se concreta por medio de su representante legal.

2.2.2 Qué se entiende por servidor público: dado que la doctrina ha denominado a los particulares que ejercen funciones administrativas como servidores públicos por asimilación, resulta conveniente comprender, qué se entiende por servidor público; así como establecer la ubicación de los particulares que ejercen funciones administrativas dentro de dicha categoría; puesto que, en lo relacionado con el régimen jurídico aplicable a dichos particulares, se acude en muchas oportunidades al régimen jurídico aplicable a los servidores públicos, como se verá en su debido momento.

Servidor público: es la persona natural que de acuerdo con la Constitución Nacional y la ley o reglamento, ejerce una función pública de forma permanente, sin existir un régimen unificado para todos los empleados de las diversas ramas del poder público puesto que, por ejemplo existe un estatuto para los empleados del congreso y otro para los empleados y funcionarios de la rama judicial.

Las actividades de los servidores públicos propias de su cargo, utilizando un criterio subjetivo son por esencia y definición funciones públicas, dado que están dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo del estado.

En conexión con las funciones públicas que debe ejercer el servidor público, se establece en el Art. 122 C.P: “*no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento*”, en tanto que el artículo 212 superior expresa: “*ninguna autoridad del estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley*”.

2.2.2.1 Clasificación de los servidores públicos: de acuerdo con el artículo 123 de la Constitución y según el Dr. Orlando García¹¹ se puede clasificar a quienes son servidores públicos, de modo general, así:

¹¹ GARCIA HERREROS S. Orlando. Manual de la Administración pública. Institución Universitaria Sergio Arboleda Serie Mayor - 9 Bogotá D.C. 1995. Pág. 206 a 215.

- a) *Miembros de las corporaciones públicas*: congresistas, ediles y diputados elegidos por el pueblo, para un periodo de cuatro años (acto-ley No. 02/2002) cada uno tiene un determinado régimen laboral y prestacional diferente.
- b) *Empleados públicos*: requieren nombramiento y posesión del cargo. Su vinculación es legal y reglamentaria, se clasifican en: 1) empleados de libre nombramiento y remoción; y 2) empleados de carrera*. Se consideran empleados públicos:
- Quienes prestan servicios a los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, al congreso, la Procuraduría, la Contraloría, los organismos jurisdiccionales, las gobernaciones y alcaldías, las asambleas, concejos y personerías excepto quienes laboren en la construcción o el sostenimiento de obras públicas.
 - Quienes prestan sus servicios a los establecimientos públicos, del orden nacional, departamental o municipal, excepto aquellos que los estatutos respectivos consideren como trabajadores oficiales y los que laboran en la construcción o el mantenimiento de obras públicas.
 - Aquellos que los estatutos de las empresas industriales y comerciales del Estado, del departamento o del municipio consideren como tales, por desempeñar funciones de dirección y confianza.
 - Los que prestan servicios en actividades denominadas en los respectivos estatutos, como de dirección o confianza, en sociedades de economía mixta en las cuales la participación del capital público, en el capital social, sea superior al noventa por ciento.
- c) *Trabajadores oficiales*: están vinculados mediante contrato de trabajo; pueden discutir las condiciones laborales al momento de su celebración, o posteriormente; se les aplica en lo individual las normas de derecho público y en lo colectivo el Código Sustantivo del Trabajo. Tienen el carácter de trabajadores oficiales:

* Los empleados de libre nombramiento y remoción: son aquellos donde su ingreso y remoción como servidores públicos, depende de un acto discrecional, pero no arbitrario de la administración; y los empleados de carrera: son aquellas personas que adquieren el cargo a través de concurso y posterior nombramiento.

- Quienes presten servicios en actividades de construcción y mantenimiento de vías públicas y,
 - Quienes prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del estado, sociedades de economía mixta con capital superior del 50 %; salvo desarrollen actividades de dirección y confianza.
- d) *Particulares que ejercen funciones administrativas de modo transitorio o permanente**: son personas que no están vinculadas a la administración pública por elección popular, nombramiento o por contrato de trabajo, desempeñan una función administrativa en los términos fijados por la Constitución Nacional y la ley, responden jurídicamente como servidores públicos, en virtud de la función pública en la que intervienen. Dicha responsabilidad y la naturaleza de la función, deben estar previamente determinadas por la ley.

Se precisa que, por el solo hecho de ser llamados eventualmente por la administración pública a ejercer funciones del Estado, no adquieren el carácter de empleados públicos.

2.2.3 Particulares que ejercen funciones administrativas: al respecto, se hace una breve referencia sobre cada uno de los particulares que en la actualidad ejercen funciones administrativas en Colombia; puesto que su estudio de fondo, implica una multiplicidad de temas que escapan del objeto de este escrito. Los particulares en ejercicio de funciones administrativas son:

* Según el artículo 123 C.P. la regla general en cuanto al tiempo durante el cual puede ejercer un particular una función pública, es la de atribuir tal función de forma temporal “la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas”

Sin embargo; tal disposición, no puede entenderse de forma absoluta, ya que la misma carta política establece otros artículos que permiten el ejercicio permanente de la función pública por particulares, como: el Art. 131 C.P. que habla de la función fedante ejercida por los notarios; de las autoridades indígenas en ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial. Art. 246 y la prestación de servicios públicos entre otros. Art. 365 C.P.

Además, el legislador en virtud de la autonomía legislativa que tiene puede determinar si la función que ejerce un determinado particular es de forma temporal o permanente como ocurre con las Cámaras de Comercio y los curadores urbanos.

De entenderse lo contrario, sería dejar sin alcance ni valor alguno las referidas disposiciones de la Carta Política, lo cual no tiene sentido, puesto que toda la Constitución tiene carácter vinculante. Es así como el legislador en la ley 734 de 2002 incluyó en su Art. 25 y 53, como destinatarios de la ley disciplinaria a los particulares que ejercen funciones administrativas en lo atinente con estas, sin distinguir si lo hacen en forma permanente o temporal, por lo cual, puede entenderse que se aplica a los dos; pues donde el legislador no distingue no le es dable al interprete distinguir.

a) *Auxiliares de la administración pública:*

- *Peritos:* son quienes verifican los hechos en un proceso que requiera especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Forman parte integral de la lista de auxiliares de la justicia, en los cuales se les agrupa por razón de su especialidad, haciéndose la designación de forma rotativa.
- *Jurados de votación:* son personas designadas para presidir las mesas de votación, quienes deben pertenecer a diferentes partidos políticos. El cargo de jurado de votación es de forzosa aceptación, y la notificación de tales nombramientos se entiende surtida con la sola publicación o fijación en el lugar público de la lista respectiva, que hace el registrador del Estado Civil, o su delegado diez días calendario antes de la votación. Art. 105 del Código Electoral.
- *Técnicos u obreros:* son aquellas personas que prestan sus servicios de forma temporal y son contratados para y por la ejecución de una obra determinada.
- *Jueces de paz:* Ley 497 de 1999, y artículo. 247 C.P. “La ley podrá crear Jueces de Paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular”.
- *Árbitros y conciliadores:* Ley 448 de 1998 - 640 de 2001, y artículo 116 Inc. 3 C.P. “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.
- *Jueces en la jurisdicción de las comunidades indígenas:* artículo 246 C.P. “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.
- *Particulares agentes retenedores y recaudadores de impuestos:* son las personas encargadas de cobrar o percibir impuestos tales como: IVA, venta, predial, etc.

b) *Contratista independiente:* es un colaborador de la entidad estatal (no tiene con ella vinculación laboral alguna), para la realización de actividades o

prestaciones que interesan a los fines públicos, sin ser un delegatario o depositario de sus funciones.

- *Contratistas Administrativos de Prestación de Servicios. (CAPS)*: según la ley 80 de 1993 los contratos de prestación de servicios son aquellos que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos, solo pueden celebrarse con personas naturales cuando tales actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Estos contratos no generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término necesario. (Art. 32, num. 3º)¹².
- c) *Prestadores de servicios públicos*: se refiere a una de las formas bajo las cuales pueden ser prestados los servicios públicos¹³. Se dice que son particulares que prestan dichos servicios, bajo la influencia permanente del Estado. Este género se realiza por medio de figuras como: 1) la concesión; 2) el arriendo y 3) la administración interesada o delegada* (artículo 39 Ley 142 de 1994).

A continuación se hace una pequeña referencia sobre los *servicios públicos domiciliarios*, puesto que es un tema de actualidad en lo tocante con la descentralización por colaboración. *Los servicios públicos domiciliarios*

¹² Ver anexo Ficha N.12. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 094 de 2003 (11 de Febrero) Acción Pública de inconstitucionalidad contra el numeral 29 del art. 48 de la ley 734 de 2002 “por el cual se expide el Código Disciplinario Único”. Magistrado Ponente. Dr. JAIME CÓRDOVA TRIVIÑO.

¹³ Según AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Elementos de derecho administrativo general. Primera edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. D.C. 1999. Pág. 465. Los servicios públicos pueden ser prestados en dos formas: 1) por parte de la administración: directamente; es decir cuando el Estado y las entidades territoriales los prestan casi exclusivamente, o indirectamente cuando los presta el Estado y las entidades territoriales por medio de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta y asociaciones entre entidades públicas; 2) por parte de los particulares.

* La concesión de servicio público es un convenio de derecho público, por el cual la administración o una persona pública (concedente) encarga temporalmente a un particular (concesionario), el cuidado de hacer funcionar un servicio público por su cuenta y riesgo, a cambio de una remuneración deducida de las tasas o tarifas recibidas de los usuarios.

Por el sistema de arriendo, la Administración, cede a una empresa por determinado tiempo mediante un precio establecido, ya sea fijo, donde la Administración se independiza de la marcha del negocio, pues la renta del negocio es siempre constante, o bien móvil, dependiente del mayor o menor número de ingresos y participando la administración en forma de gestión interesada, sin que esto signifique que la empresa tenga un carácter mixto industrializado.

En la administración interesada o delegada, la administración designa un gestor del servicio al cual se le fija un porcentaje de los ingresos.

pueden definirse como aquellos que son prestados directamente en el lugar donde reside el usuario, como, el acueducto y alcantarillado, la energía eléctrica, la telefonía local y telefonía de larga distancia internacional y nacional, la recolección, transporte y disposición final de desechos sólidos y el gas natural domiciliario.

Características de los *servicios públicos domiciliarios*:

- Pueden ser prestados directa o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo este la regulación, control y vigilancia de los servicios. Art. 365 C.P.
 - Son prestados por el sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios (personas que usan ciertos servicios).
 - Son destinados para satisfacer las necesidades básicas de las personas, en concreto. Así pues, no se encuentra dentro de está el agua destinada a urbanizar un terreno donde no habite persona alguna.
 - Régimen jurídico: la Constitución Política, artículos: 150 num. 23, 189 num 22, 334,356,365 a 370; y la ley 142 de 1994 “Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios”. Modificada por la Ley 812 de 2003, "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario" Normas que no dan una definición específica de servicios públicos domiciliarios, sino que simplemente los enumera taxativamente.
- d) *Administración de bienes parafiscales*: son particulares encargados de la administración o manejo de bienes parafiscales de que habla el artículo 338 C.P. Se rigen por la ley 101 de 1993 “Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero”. Modificada por la Ley 811 de 2003 "Por medio de la cual se modifica la Ley 101 de 1993, se crean las organizaciones de cadenas en el sector agropecuario, pesquero, forestal, acuícola, las Sociedades Agrarias de Transformación, sat, y se dictan otras disposiciones" Un ejemplo de esta clase de particulares lo constituye el Fondo Nacional de Cafeteros¹⁴.

¹⁴ Ver al respecto, el anexo A. Ficha N. 1. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-308 de 1994 (7 de Julio) Demanda de inconstitucionalidad contra el literal b, ordinal 2, artículo 19 del Decreto-Ley 2420 de 1968; artículo 1 del Decreto-Ley 1748 de 1991; artículo1 Decreto-Ley 2055 de 1991; artículos 264 numerales 1 y 3; 265 numeral a 2; 266 numerales 1 y 2 del Decreto-Ley 663 de 1993. Magistrado Ponente. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL. Ref: Expediente D-476.

La ley 101 de 1993 establece en términos generales lo siguiente: artículo 29 Son contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras las que en casos y condiciones especiales, por razones de interés general, impone la ley a un subsector agropecuario o pesquero determinado para beneficio del mismo. Los ingresos parafiscales agropecuarios y pesqueros no hacen parte del Presupuesto General de la Nación.

Su administración la realizan directamente las entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria o pesquera determinada o las colectividades beneficiarias de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras a través de sociedades fiduciarias, y que hayan celebrado un contrato especial con el Gobierno Nacional. Art. 30

Los recursos de las contribuciones parafiscales, constituyen Fondos especiales en las entidades administradoras, las cuales deben manejarlos en cuentas separadas. Art. 32.

e) *Particulares que constitucionalmente ejercen de forma permanente la función administrativa:*

- *Los notarios:* son profesionales del Derecho que ejercen una función pública, como la de dar fe pública y elaborar el registro civil de las personas* para proporcionar a los ciudadanos la seguridad jurídica que pretende la Constitución en el campo del tráfico jurídico extrajudicial. Su régimen jurídico se encuentra en la Constitución y en el decreto 960 de 1970 reglamentado por el decreto 2148 de 1983.
- *Las cámaras de comercio:* son entidades de naturaleza corporativa, gremial y privada, la ley les atribuyó las funciones públicas, de llevar el registro mercantil y certificar los actos y documentos en él inscritos, recopilar las costumbres mercantiles y certificar sobre su existencia, y servir de tribunal de arbitramento; al atribuírseles tales funciones, la ley está regulando su ejercicio.

* Por ello, según el Consejo de Estado, al ejercer una típica función pública las decisiones que profieren y las actuaciones que realicen son controvertibles ante lo contencioso administrativo, tal como lo preceptúa el Art. 82 C.C.A.

De acuerdo con la legislación mercantil colombiana (Art. 78 del Código de Comercio), las cámaras de comercio son “instituciones de orden legal* con personería jurídica, creadas por el Gobierno Nacional de oficio o a petición de los comerciantes del territorio donde hayan de operar”.

- *Los curadores urbanos:* Según la ley 810 de 2003 por medio de la cual se modifica la ley 388 de 1997 en materia de sanciones urbanísticas y algunas actuaciones de los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones, en su artículo 9 modificatorio del Art. 101 de la ley 388 de 1997 se establece que el curador urbano es un particular encargado de estudiar, tramitar y expedir licencias de parcelación, urbanismo, construcción o demolición, y para el loteo o subdivisión de predios del interesado en adelantar proyectos relacionados con tales actividades (todo lo cual implica el ejercicio de una función pública); y además hacen parte de los consejos consultivos de ordenamiento en los municipios y distritos en donde existan.

* Esto, no significa como pudiere pensarse, que tales entes hayan sido integrados a la administración pública; sino más bien, se trata de instituciones que derivan su existencia de una autorización legal conferida por el gobierno para crearlas, aspecto que no desvirtúa esa naturaleza gremial y privada, manifestada, en la calidad de comerciantes que tienen sus miembros de expedir sus estatutos y reglamentos. Ver anexos, Ficha N.1. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-166 de 1995 (20 de Abril) Acción pública de inconstitucionalidad contra los numerales 5 y 6 del art. 22 de la ley 80/1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de la Administración Pública”. Magistrado Ponente. Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA. Ref: Expediente D-643.

3. FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y SU EJERCICIO POR PARTICULARES

Para poder hablar del ejercicio de funciones administrativas por particulares es indispensable precisar en primera instancia el significado de la función pública y su diferencia con la función administrativa; puesto que tales conceptos tienden a ser confundidos, dado que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se utiliza como tema central “el ejercicio de funciones públicas por particulares”, lo cual puede hacer pensar que el particular tiene la facultad de ejercer toda clase de funciones públicas; circunstancia que es totalmente errónea, puesto que los particulares cuando colaboran con la gestión del Estado en realidad lo que hacen, es ejercer funciones administrativas.

3.1 FUNCIÓN PÚBLICA

3.1.1 Noción función pública: con el objeto de desarrollar este tema se hace, en principio, un recorrido por diversas definiciones dogmáticas de la función pública, para luego obtener una definición general. Se diferencia, además lo relacionado con el particular que ejerce funciones públicas del particular que presta un servicio público; puesto que tales materias suelen ser confundidas, a pesar de que cada una comporta naturalezas distintas.

Según el profesor español *Ramón Parada* “Con el término de función pública suele designarse tanto el conjunto de hombres a disposición del Estado que tienen a su cargo las funciones y servicios públicos, como el régimen jurídico al que están sometidos y la organización que les encuadra”¹⁵.

Para el Dr. *Gabriel Rave Aristizabal* la función pública “es la relación laboral entre el Estado y sus servidores, se dice por la doctrina que constituye una nueva rama jurídica; sin embargo dicha rama empieza a desaparecer del derecho, ante la nueva reestructuración del Estado atendiendo a la globalización de la economía, las disposiciones de la banca internacional etc. Que no les interesa un Estado

¹⁵ PARADA, Ramón. Derecho Administrativo. Tomo II. Quinta edición. Editorial Marcial Ponds, Madrid, 1.991. Pagina 327. Cita de PENAGOS, Gustavo. Derecho Administrativo Tomo II. Parte especial, Ediciones librería del profesional. Bogota-Colombia, 1995. Pág. 184.

patronista, como empleador, sino más bien un Estado de gestión compartida con los particulares”¹⁶.

Por su parte el Dr. Jaime Ossa Arbeláez dice que “la función pública es el régimen que regula las relaciones jurídicas del estado con los particulares, en lo atinente a las funciones del estado y la prestación de servicios que le asigna la constitución y la ley”¹⁷.

El Estatuto Fundamental tilda como funciones públicas la administración de justicia Art. 228 “La administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”. Art. 267 C.P: “El control fiscal es una función pública 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 (...)”.

Tomando, los aspectos más sobresalientes de las citadas definiciones, se tiene que la función pública comprende dos dimensiones:

1. Se concibe como la tarea realizada por los miembros del Estado, vinculados a la administración por concurso o por elección y nombramiento, quienes ejercen funciones públicas, tales como la administración de justicia y el control fiscal y además prestan servicios públicos dentro del marco constitucional y legal, para el cumplimiento de los fines estatales y,
2. Es el sistema o régimen que regula la organización y estructura; tanto de la relación laboral entre el Estado y el servidor público, como las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, igualmente bajo los parámetros constitucionales y legales.

¹⁶ RAVÉ ARISTIZABAL, Gabriel. Manual de Derecho Administrativo especial y Contratación Estatal. Señal editora, Bogotá-Colombia. 2002. Pág. 73.

¹⁷ OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía. Edit. Legis. Bogotá-Colombia. 2000. Pág. 41

3.1.2 Noción función administrativa: bajo un criterio orgánico y según Jaime Ossa Arbeláez¹⁸ se entiende que la función administrativa es la que realiza el poder ejecutivo o más concretamente la que está confiada al gobierno. Pero no puede hacerse una demarcación absoluta y total de cada una de las actividades del Estado, pues los diferentes órganos desempeñan también funciones propias de los restantes. Es decir que lo que se designa como separación de los poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado.

Bajo este panorama se comprende el artículo 113, inc. 3° C.P. y también en ese marco conceptual se perfila la definición que de administración pública trae el profesor Jaime Vidal Perdomo “es el conjunto de organismos, cuerpos o funcionarios que obran de alguna manera bajo la suprema autoridad administrativa del presidente de la república por formar parte inmediata o mediatamente de la rama del poder público”¹⁹

La función administrativa constituye, pues, una clara manifestación del poder estatal, el cual se hace más palpable en la rama ejecutiva. De tal manera que el desarrollo de la función administrativa le compete a las autoridades administrativas, función que está subordinada a la legislativa en forma tal que la administración sólo puede actuar dentro de sus límites.

Si bien es cierto que primordialmente la función administrativa es promovida por la rama ejecutiva, a través del órgano gobierno, presidente, ministros y directores de departamento administrativo no quiere decir que solo esos órganos produzcan actos administrativos, ni que únicamente la rama ejecutiva sea la encargada de desempeñar tales funciones, puesto que, el Estado moderno lleno de necesidades colectivas y funciones administrativas para las cuales no tiene la suficiente cobertura, hace imposible que sólo uno de los órganos se concentre en la prestación racional de los servicios a cargo del Estado.

De tal forma, que la función administrativa puede cumplirse además, mediante las siguientes figuras:

¹⁸ Ibid.,. pág. 47 a 51

¹⁹ VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo, undécima edición. Editorial Temis S.A. Bogotá. D.C. 1997. Pág. 50.

- La desconcentración, según la cual determinadas funciones son atribuidas a órganos de la misma persona jurídica. Art. 8 ley 489 de 1998.
- La delegación, que permite al presidente, previo señalamiento de funciones por la ley, entregar determinada función a su cargo a ministros, directores o representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado determinadas legalmente, para que la ejerza bajo su exclusiva responsabilidad, sin perjuicio de que el delegante pueda revocar sus actos. Arts. 9 al 13 de la ley 489 de 1998.
- Finalmente la descentralización de funciones, en cuanto que el Estado puede crear entes jurídicos con personería jurídica para que cumplan con determinadas funciones bajo la tutela de un órgano del mismo Estado. La descentralización puede ser territorial, por servicios o por colaboración, es en esta última donde cabe la participación del particular en la gestión pública y el tema que nos ocupa. Art. 7 de la ley 489 de 1998.

Así pues, la función administrativa también puede ser ejercida con la colaboración de los particulares, siempre y cuando la Constitución taxativamente lo disponga, artículo 121 C.P.

Este criterio objetivo goza del auspicio del C.C.A. que concreta actos administrativos aún provenientes de entidades privadas y de órganos diferentes del ejecutivo para ser juzgados por el órgano administrativo.

Se resalta, que cuando en esta investigación se habla del “EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS POR PARTICULARES” SE ESTÁ HACIENDO REFERENCIA AL DESARROLLO ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS, más no a la ejecución de funciones de contenido político o gubernamental, ni a la ejecución de funciones legislativas o jurisdiccionales que ocasionalmente ejercen las autoridades administrativas relacionadas en el artículo 38 y 39 de la ley 489 de 1998.

Por todo lo anterior, es viable decir que la función pública constituye el género y la función administrativa la especie, en consecuencia toda función administrativa es pública, pero no toda función pública es administrativa. Lo que no es correcto es asimilar la función pública con la función administrativa, puesto que cada una de ellas contiene diferentes caracteres e implicaciones.

Sobre la imposibilidad de atribuir todo tipo de funciones públicas a particulares, la sentencia C-866 de 1999 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, establece:

(...) Sería equivocado pensar que todas las funciones administrativas asignadas a tales organismos, y las funciones políticas o gubernamentales de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa (Art. 115 C.P) que tiene el presidente como cabeza de la rama ejecutiva puedan ser asignadas a los particulares, pues la democracia representativa pilar de la Constitución Política exige que sean los gobernantes elegidos popularmente, quienes ejerzan la conducción política y encarnen la soberanía de la nación Art. 3 C.P²⁰.

Las funciones administrativas que debe cumplir el Estado Colombiano y por las cuales debe propender son entre otras: proporcionar servicios; dar solución a problemas como la inseguridad, la corrupción, la violencia, satisfacer las necesidades de toda la población, para lograr el desarrollo físico, intelectual y moral de todos los colombianos; impulsar y propiciar por el progreso y el crecimiento económico, social, cultural, educativo y de salubridad, mediante la elaboración de planes de desarrollo y proyectos específicos de cada municipio y distrito.

Dichas funciones, deben cumplirse bajo la apreciación de las directrices constitucionales que rigen la función administrativa señaladas inequívocamente en el artículo 209 C.P, “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad*, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-866 de 1.999 (Noviembre 3) Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 110 y 111 de la ley 489/1998, “por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden disposiciones y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del art. 189 C.P. y se dictan otras disposiciones” Magistrado Ponente Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA. Ref. Expediente D-2369.

* La igualdad, de acuerdo con el artículo 13 debe ser promovida por el Estado para ser real y efectiva; la moralidad: es el conjunto de valores éticos de la sociedad, más allá de la moralidad cristiana o de un determinado credo; eficacia: en cuanto generen efectos no solo jurídicos sino fácticos; economía: racionalizando los recursos y obteniendo su maximización; es decir el mayor beneficio con el menor empleo de recursos posibles; celeridad: rapidez con la cual debe actuar la administración de manera que no haga nugatorio el derecho que debe ejecutarse; imparcialidad: sin favorecer o preferir determinados intereses particulares y publicidad: posibilidad que tiene cualquier persona de conocer la actuación de la administración, por tratarse de cosa pública, y permitiendo la fiscalización ciudadana.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus ordenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”

3.1.3 Diferencia entre función pública y servicio público: de acuerdo con la Sentencia C-037 de 2003 M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis²¹ históricamente la tendencia fue asimilar al particular que prestaba un servicio público como si estuviera cumpliendo una función pública, tal concepción es equivocada, puesto que la constitución se refiere en forma separada tanto a la función pública como a la prestación de un servicio público.

Así, en el artículo 150 num. 23 C.P. se asigna al legislador competencia para expedir leyes que rijan una y otra materia *“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”*.

Como puede observarse el constituyente al utilizar en la redacción de la Carta Política la disyuntiva (y) para separar función pública de prestación de servicios públicos está delimitando que tales conceptos hacen parte de una naturaleza distinta; por tal motivo no es dable confundirlos entre sí.

Además la Constitución, por una parte se pronuncia sobre la función pública en el artículo 228 que se refiere a la Administración de Justicia y en el artículo 267 que habla del control fiscal; por otro lado, en los artículos 365 a 370 establece lo correspondiente con la *“Finalidad social del Estado y de los servicios públicos”*.

En ese capítulo se señala el régimen general aplicable a tales servicios Art. 365, los objetivos para la actividad del Estado en materia de solución de las necesidades insatisfechas de salud y seguridad social (Art. 48), educación (Art. 67), de saneamiento ambiental (Art. 49) y de agua potable y prioridades en materia de gasto público social, así como la posibilidad de ser prestados por particulares Art. 366; se fijan reglas específicas para los servicios públicos domiciliarios y el ejercicio por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 2003 (28 de Febrero) Acción Pública de inconstitucionalidad contra los arts. 3, 17,46, 53, 93, 143, 160, 165 (parciales) de la ley 734 de 2002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único” y contra el art. 115 (parcial) de la ley 270 de 1996 “Estatutaria de la Administración de Justicia” Magistrado Ponente. Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS. Ref. Expediente. D-3982.

Domiciliarios, del control, la inspección y vigilancia de las entidades que los prestan. La competencia para ejercer la inspección y vigilancia en la prestación de los servicios públicos la tiene el Presidente de la República. Art.189-23.

De esta forma, se concluye:

- El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública, por el contrario se manifiesta a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan en general el ejercicio de la autoridad inherente del Estado.
- Como se desprende del Art. 365 superior, la actividad de prestación de servicios públicos puede ser ejercida por el Estado o los particulares, no obstante que la regulación, control y vigilancia de dichos servicios le corresponda ejercerla directamente y con exclusividad (Art. 189-22, 365, 370). En cambio en el caso de las funciones públicas, éstas son ejercidas en esencia por los servidores públicos y solo excepcionalmente puede ser encargado su ejercicio a particulares (Art. 123-2).
- Cuando un particular por virtud del Estado preste un servicio público, por ese solo hecho, o por la sola celebración de un contrato de concesión para el efecto, no se considera que desempeña una función pública. Esto solamente se presenta en el caso en que la prestación del servicio público haga necesario el ejercicio por parte de ese particular de potestades inherentes al estado, como por ejemplo, el señalamiento de conductas, el ejercicio de coerción, o la expedición de actos unilaterales.

Puesto, que es potestad del Estado intervenir de modo que se aseguren tanto los fines fijados por el constituyente para los servicios públicos en general como los que este haya definido para determinados servicios, por lo que puede establecer las condiciones y limitaciones necesarias, como la aplicación de instrumentos de intervención o el establecimiento de inhabilidades e incompatibilidades.

“Así por ejemplo en aquellos casos a los que alude el Art. 33 de la ley 142 de 1994 el particular que presta un servicio público domiciliario podrá responder disciplinariamente de sus actos dado que en esas circunstancias el particular ejerce respecto de las potestades que se le atribuyen una función pública, que como tal queda sometida al control disciplinario”²².

²² Ibid.,.

- Finalmente, el particular que cumple funciones públicas está sometido a los mismos controles que los servidores públicos. Por su parte el particular que presta un servicio público se encuentra sometido al régimen especial fijado por el legislador para la prestación del servicio público de que se trate, así como el control y vigilancia del Estado.

3.2 CONSTITUCIONALIDAD DEL EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS

La convocatoria de 1991 para reformar la Constitución de 1886, dio origen, luego de 150 días de arduo trabajo y profundas deliberaciones de la Asamblea Nacional constituyente a lo que hoy se conoce como la Constitución de 1991, que plasmó como principio fundamental en el artículo 1º, que Colombia está organizada como un Estado Social, Pluralista y Democrático de Derecho.

El Estado Social de Derecho edificado en Colombia es una forma de organización política cuyo objetivo es combatir las necesidades humanas relacionadas con la carencia de recursos básicos para lograr el desarrollo intelectual, físico, moral y cultural de todos los ciudadanos; lo cual se concreta en el respeto a la dignidad humana, en la protección y uso efectivo de todos los derechos, garantías y deberes a que tienen lugar los ciudadanos por el simple hecho de ser personas y ser sociales por naturaleza.

Este concepto y la vocación social del Estado, obliga a sus autoridades no simplemente a proferir y hacer respetar los derechos fundamentales, sino a participar activamente en todos los procesos de activación económica y generación de empleo que brinden oportunidades reales de acceso al trabajo a todos los ciudadanos en igualdad de condiciones; así como a propender por un mejor cubrimiento en salud y en educación.

De esta forma, la Constitución de 1991 consagró los principios de solidaridad y participación* que imponen la cooperación efectiva entre los hombres para lograr la efectividad de sus derechos y la satisfacción de las necesidades básicas colectivas, mediante la organización de la política administrativa y la posibilidad

* Los Principios de Solidaridad y Participación por ser constitucionales jamás pueden ser desconocidos en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la constitución, pero puede, en ciertos casos necesitar de otras normas legales para poder fundamentar la decisión judicial tal como se expuso en la sentencia C-574 de 1992 M.P. CIRO ANGARITA BARON.

del ejercicio de funciones administrativas por parte de particulares, tal como lo disponen los artículos 123, 210 y 365 de la Carta Política.

La posibilidad del ejercicio de funciones administrativas por particulares, encuentra su soporte en los mencionados principios, sustentado en las implicaciones que conlleva la descentralización administrativa por colaboración en el Estado Social y Democrático de Derecho establecido en Colombia.

Sobre el particular la sentencia C-866 de 1999 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa expresó:

Toda vez que la Carta Política está concebida de manera que la parte orgánica sólo adquiere su sentido propio interpretada según los principios y valores de la parte dogmática, tenemos entonces que la función pública que ella regula debe obedecer también a la particular axiología constitucional que propugna por la vigencia de los principios de solidaridad y participación. Por ello, la posibilidad del ejercicio de funciones públicas por parte de particulares encuentra su soporte constitucional en los mencionados principios, a la vez que viene a ser una de las formas de desarrollo concreto de los mismos. En efecto lo, que el constituyente buscó fue ampliar en la mayor medida posible los espacios de participación democrática del pueblo en la toma de decisiones, así como en el control del poder político, con el propósito de facilitar la consecución de los objetivos estatales referentes a la satisfacción de las necesidades básicas colectivas y de ampliar la democracia²³.

En el mismo sentido, la sentencia C-166 de 1995, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara afirmó:

... Al respecto debe puntualizarse que el acrecentamiento de las tareas que el estado moderno debe asumir, y en particular de aquellas que el poder ejecutivo desempeña, condujo al afianzamiento progresivo de una tendencia, que tuvo sus manifestaciones iniciales en el derecho público francés, y que justamente estriba en autorizar el ejercicio de funciones administrativas a particulares más allá del marco de la concesión, pues, rebasando ese ámbito limitado y tradicional, se buscó el concurso de sectores no estatales mediante modalidades novedosas de acción que en algunos eventos pretenden la integración de personas particulares en las estructuras administrativas, y en otros, favorecen la existencia de entidades pertenecientes al sector privado a las que el

²³ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-866 de 1.999 (Noviembre 3) Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 110 y 111 de la ley 489/1998, “por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden disposiciones y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del art. 189 C.P. y se dictan otras disposiciones” Magistrado Ponente Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA. Ref. Expediente D-2369.

Estado les asigna determinadas funciones públicas, con el objeto de satisfacer, por ese medio, intereses de carácter general²⁴.

Siendo que la Carta Fundamental, en desarrollo de los postulados que caracterizan al Estado Social de Derecho, antes mencionados, acepta expresamente la posibilidad del ejercicio de funciones públicas por particulares conviene referirnos a los artículos correspondientes; así:

Inciso tercero del artículo 123 C.P: *“La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”*

Artículo 210 superior: *“Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”*

Artículo 365 C.P, se refiere a la prestación de los servicios públicos: *“Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”*.

Así pues, y como fue establecido anteriormente, la asunción de funciones públicas a los particulares no es un fenómeno extraño, sino que se consolida como un claro desarrollo de los principios constitucionales.

Sin embargo, la constitución como puede observarse de los artículos transcritos delimita genéricamente lo relacionado con la atribución de funciones administrativas a particulares, dándole al legislador, en virtud de su derecho a la libertad de configuración normativa, la facultad suficiente para regular y determinar en forma amplia todo lo relacionado con el ejercicio de dichas funciones por particulares, así como: sus derechos, sus funciones específicas, su organización, el límite de sus responsabilidades, el manejo de la vigilancia y control de su gestión, el régimen de incompatibilidades, inhabilidades, prohibiciones, etc.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-166 de 1995 (20 de Abril). Acción pública de inconstitucionalidad contra los numerales 5 y 6 del art. 22 de la ley 80/1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de la Administración Pública”. Magistrado Ponente. Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA. Ref: Expediente D-643.

Lo anterior, ha traído como resultado diferentes leyes que pretenden regular la materia, tales como:

- La Ley de Organización y Funcionamiento del Orden Nacional (ley 489 de 1998) que en desarrollo del artículo 210 constitucional, dedica un capítulo completo, cual es el capítulo XVI artículos 110 a 114, para regular todo lo relacionado con las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por particulares, los requisitos y procedimientos de los actos administrativos y convenios para conferir tales funciones, el régimen jurídico de los actos y contratos, las inhabilidades e incompatibilidades y el control sobre las funciones conferidas al particular.
- La Ley 734 de 2002 “Código único Disciplinario” que derogó la ley 200 de 1995, en la cual se establece el régimen de responsabilidad aplicable a los particulares que desempeñan funciones administrativas en el Libro III, Título I, artículo 52 a 65.

Conviene advertir que la atribución de funciones administrativas a particulares es diferente de lo conocido como la privatización de entidades públicas. Sobre el particular la sentencia C-866 de 1999 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa expresó lo siguiente:

(...) En efecto, la privatización es un fenómeno jurídico que consiste en que un patrimonio de naturaleza pública, es enajenado a particulares, de tal manera que se trueca en privado. La privatización comporta un cambio en la titularidad de ese patrimonio, que siendo estatal, pasa a manos de los particulares, y debe aquella responder a políticas que miran por la realización de los principios de eficiencia y eficacia de la función pública y enmarcarse dentro de los criterios del artículo 60 de la carta.

La atribución de funciones administrativas a particulares hecha por las autoridades, no conlleva, en modo alguno, cambio en la titularidad del patrimonio estatal. Significa simplemente la posibilidad dada a aquellos de participar en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la ley y los reglamentos²⁵.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-866 de 1.999. Magistrado Ponente Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA. ,Op. Cit., Pág. 10.

3.3 SUPUESTOS PARA ATRIBUIR FUNCIONES ADMINISTRATIVAS A PARTICULARES

3.3.1 Según la doctrina: dice el Dr. Santofimio²⁶, que la participación o intervención directa de los particulares o ciudadanos en la gestión pública puede darse bajo varias modalidades que, aunque no son las únicas posibles, permiten conocer los mecanismos que por lo general se han utilizado:

a) *Administración corporativa:* este tipo de participación se presenta cuando la ley atribuye a las asociaciones particulares, como las cámaras de comercio la gestión de negocios públicos y el paralelo ejercicio de funciones privadas que solo interesan a sus miembros.

Sobre el particular el Dr. Santamaria Pastor establece:

- La naturaleza jurídica de estos entes, por el hecho de ser depositarios de funciones administrativas, no ha sido pacífica ni en la doctrina, ni en el derecho colombiano. El hecho de ser gestores de atribuciones administrativas ha llevado a que se les catalogue como entes públicos; posición que considero equivocada (...)
- Razones para que estos entes sean siempre considerados como de naturaleza privada, pero vinculados en participación funcional con la administración: la primera, que, en cuanto a los intereses mayoritarios o generales de estas corporaciones sean los particulares de sus miembros, “lo único que es de interés público es la existencia misma de estas entidades, así como determinadas funciones concretas que las normas les asignan”; la segunda, que del universo de sus funciones solo una pequeña parte es administrativa, o sea aquellas expresamente atribuidas por el legislador: “el resto son puras funciones dirigidas al interés particular de sus miembros”; la tercera, que únicamente los actos provenientes del ejercicio de dichas funciones pueden ser considerados como administrativos y, en consecuencia, se encuentran sujetos a los controles administrativos y jurisdiccionales propios de estos actos; y, la cuarta, que en todo lo que no implique el ejercicio de funciones administrativas las entidades actúan sujetas al derecho y las normas privadas²⁷.

b) *Administración privada:* es el ejercicio privado de funciones administrativas de personas jurídicas o naturales diferentes a las asociaciones o corporaciones, como sería el caso de los notarios.

²⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Introducción. Edit. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2003. Pág. 163.

²⁷ SANTAMARÍA, Pastor. Fundamentos, cit, pp. 950 a 952. Cita de Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Ibid., Pág. 164.

- c) *Administración mediante incorporación:* se caracteriza por vincular al ciudadano a un organismo administrativo para ejercer actividades de consulta o de carácter decisorio, como en el caso de los peritos; a diferencia de los anteriores tipos de participación administrativa está se realiza al interior de la administración.
- d) *Administración mediante intervención global:* se trata de una forma amplia de participación de la ciudadanía a través de los mecanismos de participación ciudadana donde la población es convocada o se reúne para tomar decisiones en lo relacionado con asuntos políticos o estatales.

3.3.2 Según la Constitución y la Jurisprudencia: constitucionalmente y de conformidad con la sentencia C-543 de 2001 M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis²⁸ es posible encauzar la atribución de funciones administrativas a particulares a través de los siguientes supuestos:

- a) *Atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización privada:* el legislador se encarga de fijar las condiciones del ejercicio de la función, el patrimonio, la necesidad de la celebración de contratos; así, como todas las circunstancias de modo tiempo, lugar y objeto directamente relacionadas con dicho ejercicio, los mecanismos de control, y demás circunstancias relevantes.

Esta modalidad la utiliza el Estado cuando necesita vincular entidades gremiales a la gestión de las contribuciones parafiscales, para que manejen los recursos correspondientes a nombre del Estado, sin desnaturalizar su carácter privado, un ejemplo de lo anterior son los recursos confiados a la Federación Nacional de Cafeteros.

Es importante decir que sólo la ley o la Constitución pueden imponer unilateralmente, sin necesidad de aceptación expresa por medio de convenio, funciones administrativas a los particulares; tal imposición unilateral exige que exista una norma de contenido general que abarque el cumplimiento de tales funciones como lo hace la ley 489 de 1998.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-543 de 1998. Magistrado Ponente Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS. Ref. Expediente D-3163. Citada por la CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-233 de 2.002 (Abril 4) Acción pública de inconstitucionalidad contra los arts. 17 y 18 de la ley 678/2001 “por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía con fines de repetición” Magistrado Ponente. Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS. Ref. Expediente D- 3704.

- b) *Atribución mediante convenio, precedido de acto administrativo por las entidades o autoridades públicas titulares de la función administrativa.* (Ley 489 de 1998 artículos 110 a 114) se señala como término máximo de duración del convenio el de cinco años.

En ese sentido la sentencia C-702 de 1999. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz que declaró inexecutable la frase “prorrogables” del numeral 2 del Art. 111 de la ley 489 de 1998; expresó:

Empero, para la Corte, la posibilidad de que los convenios que las entidades o autoridades administrativas suscriban para conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares puedan ser “prorrogables” en forma indefinida. Que es una de las posibles interpretaciones que podría tener el numeral 2 del art. 111 al no haber previsto un límite máximo al número de prorrogas, contraría el art. 123 de la Carta, pues da pie para que se convierta en permanente dicha asignación de función pública y su ejercicio por el particular contratado a través de prorrogas sucesivas de 5 años, lo cual constituye una forma soterrada de burlar el carácter excepcional y el consiguiente límite temporal a que supeditó el Constituyente de 1991 el ejercicio de funciones públicas por particulares. En ese orden de ideas, juzga la Corte que la ley que regule su ejercicio, en observancia del art. 123 de la Carta, debe hacer que el periodo de ejercicio de la función pública por el particular sea determinado y determinable en el tiempo. Así las cosas, esta expresión será declarada inexecutable²⁹

Adicionalmente, la Sentencia C-866 de 1999 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa estableció:

Para conferir funciones administrativas de carácter particular, no basta la expedición de un acto administrativo, sino que es necesario, suscribir con el particular un convenio mediante el cual se acepte la asignación del ejercicio de funciones administrativas; así se preserva el principio de equidad, pues la autonomía de la voluntad particular es libre para aceptar la atribución individual de funciones administrativas, aún cuando ella resulte onerosa para el ciudadano, y se evita la imposición de cargas exorbitantes a determinadas personas privadas en particular³⁰.

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-702 de 1.999 (Septiembre 20) Acción pública de inconstitucionalidad en contra de los artículos 7 (parcial), 47(parcial), 51,52,53,54,55,59 (parcial), 68(parcial), 111(parcial) y 120 de la ley 489/1998“ por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden disposiciones y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del art. 189 C.P. y se dictan otras disposiciones” Magistrado Ponente Dr. FABIO MORÓN DÍAZ Ref. Expediente D-2296.

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-866 de 1.999 (Noviembre 3) Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 110 y 111 de la ley 489/1998, “por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden disposiciones y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del art. 189 C.P. y se dictan otras disposiciones” Magistrado Ponente Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA. Ref. Expediente D-2369.

En capítulo posterior se hablará de los requisitos y procedimientos que deben contener los actos administrativos y convenios para conferir validamente funciones administrativas a particulares.

- c) *Constitución de entidades* donde concurren las entidades estatales y los particulares; como son las asociaciones y fundaciones de participación mixta: se repite, que el hecho de que se otorguen al particular funciones administrativas, no lo convierte por ese solo hecho en servidor público; al contrario sigue conservando su carácter privado; lo que sucede es que las funciones administrativas están sometidas a un riguroso control por parte de las correspondientes autoridades.

Al respecto la sentencia C-1142 de 2000 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo expreso:

Dentro de los nuevos esquemas del Estado, cada vez es más frecuente que los particulares entren a desarrollar muchas de las tareas que a aquél pertenecen, sin que ello cambie la naturaleza de la entidad particular que las realiza, ni sus empleados adquieran la calidad de servidores públicos. Es un concepto material y no formal ni subjetivo de la actividad que desarrollan, lo cual implica que se la considere y evalúe por su naturaleza propia y por su contenido³¹.

Así mismo, la sentencia C-181 de 1997 M.P. Dr. Fabio Morón Díaz estableció:

La forma en la que se ha desdibujado la separación absoluta entre las esferas públicas y privada en torno al desarrollo de actividades que interesan a la sociedad, se muestra propicia al afianzamiento de una concepción material de los asuntos públicos, por cuya virtud los particulares vinculados a su gestión, si bien siguen conservando su condición de tales, se encuentran sujetos a los controles y a las responsabilidades anejas al desempeño de funciones públicas, predicado que, tiene un fundamento material, en cuanto consulta de preferencia, la función y el interés público involucrado en las tareas confiadas a sujetos particulares³².

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-1142 de 2.000. (Agosto 30) Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 90 del Código de Comercio. Magistrado Ponente Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO. Ref. Expediente D-2835.

³² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-181 de 1.997(Abril 10) Acción pública de inconstitucionalidad contra el art. 2 (parcial) del Decreto 960 de 1970 "por el cual se expide el estatuto del notariado" Magistrado Ponente Dr. FABIO MORON DIAZ. Ref. Expediente D-1450.

3.4 FUNCIONES QUE PUEDEN ATRIBUIRSE A PARTICULARES

3.4.1 Límites en relación con su ejercicio: En cuanto a las funciones públicas de la rama ejecutiva hay limitaciones constitucionales y legales con respecto a su ejercicio por particulares, establecidas de manera expresa en la sentencia C-866 de 1999 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa³³, así:

- a) Que se trate de funciones administrativas, tal como se estableció en el tema de la función administrativa.
- b) Que no se trate de funciones que la Constitución otorga de forma exclusiva y excluyente a ciertas autoridades, como las funciones que ejerce la fuerza pública artículo 216 C.P.
- c) El control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponde, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función administrativa que se atribuye al particular. Art. 267 C.P. inciso 2 y 3, Art. 10 inciso 2, Art. 110 de la ley 489 de 1998.
- d) La función administrativa debe ser atribuida a los particulares por el titular de dicha función dentro de su competencia, en caso contrario se requiere la existencia de norma constitucional o legal, expresa, directa y concisa al respecto; distinta de la norma 489 de 1998 que regula en forma general las condiciones del otorgamiento de la función administrativa a particulares. Ejemplo: la norma que otorga a los notarios el ejercicio de la función fedante o la disposición que atribuye llevar a las cámaras de comercio el registro mercantil, Art. 6 C.P.
- e) Se prohíbe que la función administrativa conferida al particular reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias, Art. 2 C.P.

³³ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-866 de 1.999 (Noviembre 3) Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 110 y 111 de la ley 489/1998, “por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden disposiciones y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del art. 189 C.P. y se dictan otras disposiciones” Magistrado Ponente Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA. Ref. Expediente D-2369.

3.4.2 Requisitos para conferir funciones administrativas a particulares:

Las entidades o autoridades administrativas, pueden conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares bajo las siguientes condiciones Art. 111 de la ley 489 de 1998:

a) *Expedición de un acto administrativo, un decreto ejecutivo cuando se trate de ministerios o departamentos administrativos, o un acto de la junta o consejo directivo*, en el caso de las entidades descentralizadas. El escrito del acto administrativo debe determinar los siguientes puntos:

- Las funciones encomendadas.
- Las calidades y requisitos que deben tener las entidades o personas privadas.
- Las condiciones bajo las cuales serán ejercitadas las funciones.
- Forma de remuneración si fuere el caso.
- Duración del encargo y las garantías que deben prestar los particulares para asegurar el cumplimiento de los principios que gobiernan el ejercicio de las funciones administrativas.

b) Someter dicho acto administrativo a la aprobación del presidente de la república, o por su delegación a los ministros o directores de departamento administrativo.

c) Celebrar un convenio, con un plazo máximo de ejecución de 5 años*. Para cuya celebración la entidad o autoridad deberá:

- Elaborar un pliego o términos de referencia, con fundamento en el acto administrativo expedido y formular convocatoria pública para el efecto,

* Según la sentencia C-866 de 1999 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa “Este es un plazo máximo de duración del respectivo convenio, pues otra cosa haría imposible la celebración del mismo en aquellos casos en los cuales la naturaleza de la función implica su realización en un plazo menor”. Ibid.

observando los principios de la ley 80 de 1993 en cuanto a la contratación por parte de entidades estatales.

- Pactar las cláusulas excepcionales previstas en la ley 80 de 1993 y normas complementarias una vez seleccionado el particular al cual se le conferirá el ejercicio de funciones administrativas.

En lo relacionado con la celebración de un convenio por el cual se confieren funciones administrativas a los particulares la sentencia C-866 de 1999 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa estableció lo siguiente:

(...) para conferir funciones administrativas a personas privadas mediante acto administrativo de carácter particular, no basta la expedición de dicho acto conforme a lo prescrito por la ley bajo examen, sino que es necesario, adicionalmente, que en todos los casos se suscriba con ellos un convenio mediante el cual expresamente se acepte la asignación de dicho ejercicio de funciones. Sólo de esta manera se preserva el principio de equidad, puesto que la autonomía de la voluntad particular es libre para aceptar la atribución individual de funciones administrativas, aun cuando ella resulte onerosa para el ciudadano. Así, no se imponen entonces cargas exorbitantes a determinadas personas privadas en particular³⁴.

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-866 de 1.999 (Noviembre 3) Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 110 y 111 de la ley 489/1998, “por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden disposiciones y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del art. 189 C.P. y se dictan otras disposiciones” Magistrado Ponente Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA. Ref. Expediente D-2369.

4. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES ADMINISTRATIVAS

4.1 RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACTOS Y CONTRATOS

Según el Art. 112 de la ley 489 de 1998 queda claro que la celebración del convenio por parte de las entidades o autoridades administrativas para conferir funciones administrativas a los particulares, no modifica la naturaleza, ni el régimen aplicable a la entidad o persona privada que recibe la función administrativa; Sobre esto se pronunció la sentencia C-166 de 1995 M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara, la cual fue reiterada por la sentencia C-1142 de 2000 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Dicha sentencia establece:

El desempeño de funciones administrativas por particulares es una posibilidad reconocida y avalada constitucional y legalmente, y esa atribución prevista en el artículo 210 de la Carta opera por ministerio de la ley y, en caso de las personas jurídicas, no implica mutación en la naturaleza de la entidad a la que se le atribuye la función, que conserva inalterada su condición de sujeto privado sometido al régimen de derecho privado en lo atinente a la organización y desarrollo de las actividades anejas a su específica finalidad.

Empero, resulta ineludible precisar que las personas jurídicas privadas aunque se hayan esencialmente orientadas a la consecución de fines igualmente privados, en la medida en que hayan sido investidas de la facultad de ejercer funciones administrativas, participan de la naturaleza administrativa, en cuanto toca con el ejercicio de esas funciones, en cuyo desempeño ocupan la posición de la autoridad estatal gozando, por ende; de las prerrogativas del poder público y encontrándose en consecuencia, sometidas a la disciplina del derecho público; de modo que los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que, según el artículo 209 Superior, guían el desarrollo de la función administrativa, les son por completo aplicables.

Los particulares que ejercen funciones públicas: (...) someten a la jurisdicción contenciosa las controversias y litigios que pudieren surgir con motivo de la actividad desplegada por las personas privadas en cumplimiento de dichas funciones, en forma tal que esa jurisdicción juzga los hechos, omisiones y operaciones administrativas de las referidas entidades y obviamente también los actos que expidan para el debido ejercicio de la tarea confiada, actos que se concluye son administrativos³⁵.

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-166 de 1995 (20 de Abril) Acción pública de inconstitucionalidad contra los numerales 5 y 6 del art. 22 de la ley 80/1993 "Por la cual se expide el Estatuto General de la Administración Pública". Magistrado Ponente. Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA. Ref: Expediente D-643.

Por tanto, las normas del Código Contencioso Administrativo, se aplican a las entidades privadas y a los particulares cuando quiera que estos cumplan funciones administrativas; en consecuencia, sus actos unilaterales, están sujetos en cuanto a su expedición, requisitos, y procedimientos de comunicación e impugnación a las disposiciones propias de los actos administrativos, igualmente si se celebran contratos por cuenta de las entidades privadas.

4.2 RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

De conformidad con la sentencia C-866 de 1999 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa y según la ley 489 de 1998, para garantizar la vigencia de los principios superiores que gobiernan el ejercicio de la función pública consagrados en el artículo 209 de la Constitución, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, es extensivo a los particulares que pretendan ejercer funciones administrativas, como expresamente lo indica el artículo 113 de la ley 489 de 1998:

“Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargados del ejercicio de funciones administrativas están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida.

Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas jurídicas privadas que hayan ejercido funciones administrativas, no pueden ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado”.

Siendo que los particulares que ejercen funciones administrativas tienen las mismas Incompatibilidades y prohibiciones generales de los servidores públicos, es adecuado referirnos someramente a ellas:

4.2.1 Prohibiciones de los servidores públicos: la prohibición es la orden que impide la realización de ciertas conductas. Sobre los servidores públicos recaen las siguientes prohibiciones:

- a) *Por razón de parentesco:* Los servidores públicos no pueden nombrar como empleados a personas con quienes tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión libre. Igualmente, quienes estén vinculados por dichos lazos con el servidor público no pueden intervenir en su

designación, a excepción de los nombramientos que se hagan en aplicación al régimen de carrera o asenso por méritos (Art. 126 C.P).

b) *Por razón de conflicto de intereses:* Los servidores públicos no pueden celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de un tercero, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales (Art. 127 C.P).

- *A los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, o se desempeñen en los órganos judicial, electoral, o de control:* les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. Sin embargo, “los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la ley” (artículo 127, inciso 2º y 3º C.P).
- La Carta establece como causal de mala conducta la utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política (Art. 127, Inc. 4º C.P).

c) *Por razón del servicio que se presta:* nadie puede 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 mayoritariamente el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley (Art. 128 C.P).

- Los servidores públicos no pueden aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros u organismos internacionales, ni celebrar contratos con ellos, sin previa autorización del Gobierno (Art. 129 C.P).
- Los empleados públicos en uso de licencia no podrán desempeñar otro empleo (D.L. 2400/68, Art. 19).

d) Las prohibiciones contempladas en la ley 734 de 2002 Art. 35.

4.2.2 Inhabilidades del servidor público: la inhabilidad es el defecto o impedimento para ejercer un empleo y se presenta para acceder a un cargo público. La incompatibilidad es el defecto o impedimento para ejercer más de dos cargos o empleos públicos o privados a la vez.

Las inhabilidades generales para acceder al servicio público de los servidores públicos son:

- a) De acuerdo al numeral 7 del artículo 40 de la Constitución, no pueden acceder al desempeño de funciones o cargos públicos los colombianos por nacimiento o por adopción que tengan doble nacionalidad. Corresponde a la ley reglamentar esta excepción a los derechos políticos de los colombianos y determinar los casos en los cuales ha de aplicarse.
- b) Haber sido condenado por delito sancionado con pena privativa de la libertad, salvo cuando se trate de delitos políticos o culposos, excepto cuando estos últimos hayan afectado la administración estatal. Art. 122, Inc. 5º de la Constitución.
- c) Estar bajo interdicción judicial, inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta.
- d) Las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses establecidos en la ley 734 de 2002. Capítulo cuarto. Título IV.

4.3 RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

El tema de la responsabilidad de los particulares que ejercen funciones administrativas, ha sido una de las materias que ha generado mayor confusión entre catedráticos, estudiantes y personas o entidades particulares que desempeñan dichas funciones en el Estado Colombiano; puesto que no hay claridad en cuanto a: si deben ser juzgados conforme al régimen de responsabilidad jurídica aplicable a los particulares, por el hecho de ser particulares; o ser juzgados bajo el régimen de la responsabilidad aplicable a los servidores públicos, por ejercer una función administrativa; ya que de una u otra forma genera consecuencias distintas.

En tal sentido se pronunció la sentencia C-286 de 1996 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, que dispuso lo siguiente:

El problema que se presenta sobre este punto es determinar la clase de responsabilidad que recae sobre los particulares que ejercen funciones públicas; puesto que como es sabido todo servidor público, por el hecho de serlo, queda sometido automáticamente a un régimen disciplinario, según los términos previstos por la constitución y por la ley, el fundamento de su aplicación es subjetivo, pues tiene lugar con motivo y a partir de la investidura correspondiente radicada en el sujeto, en cuanto es titular genérico de las funciones públicas que su cargo implica, con total independencia de si las ha ejercido o no las ha ejercido.

A la inversa, el particular, quien precisamente no se encuentra en la condición del servidor público, toda vez que no ha establecido un vínculo de dependencia o subordinación frente al Estado en cualquiera de los cargos, organismos, entidades o corporaciones que hacen parte de su estructura, ni percibe de él una asignación o salario, está en principio exento del régimen disciplinario estatal y su responsabilidad ante las autoridades únicamente puede surgir de la trasgresión en que incurra en relación con los preceptos constitucionales y legales, tal como lo pregonan el Art. 6 de la Carta Política³⁶

En este capítulo se delimita el régimen de responsabilidad que debe ser aplicado a los particulares que ejercen funciones administrativas, dando un recorrido por las distintas clases de responsabilidad, previa precisión de algunos conceptos.

Según PAILLET³⁷, el concepto de responsabilidad en sentido general viene de la noción de reparar pecuniariamente, el perjuicio sufrido por la víctima, y en sentido restringido comprende las actividades de las personas públicas, y por excepción a personas privadas cuando ellas prestan un servicio público administrativo cuyo ejercicio ocasiona un daño a particulares o a terceros.

Así pues, el particular que ejerce funciones administrativas puede incurrir en las siguientes clases de responsabilidad: civil, penal, disciplinaria y contractual principalmente.

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-286 de 1.996 (Junio 27) Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 20 parcial de la ley 200/1995. Magistrado Ponente. Dr. JOSÉ GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Ref. Expediente D-1116.

³⁷ PAILLET, Michael. La Responsabilidad Administrativa. Traducción y estudio introductorio: Jesús María Carrillo Ballesteros. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2001. Pág. 25 a 54.

4.3.1 Responsabilidad Penal: el Dr. Ossa define la responsabilidad penal como:

La que se predica de quien ha incurrido en una transgresión a la ley penal, o la que se imputa a un funcionario que ha cometido un delito. El delito puede resultar de un comportamiento dudoso o meramente culposo. La responsabilidad penal del servidor público es objeto del derecho penal y su conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria a menos que se traten de funcionarios con fuero. La responsabilidad penal no impide que el funcionario condenado se le deduzca responsabilidad penal, civil y disciplinaria³⁸.

La responsabilidad penal de los servidores públicos está expresamente consignada en la Carta Política en el artículo 6º *“Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*, y en el Art. 91 *“En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta”*.

El Código Penal por su parte, se ocupa del particular que ejerce funciones Administrativas, como si se tratara de un servidor público Art. 20 de la ley 599 de 2000, modificada por la ley 890 de 2004 *“por la cual se modifica y adiciona el Código Penal”*. En tal sentido se pronunció la sentencia C-563 de 1998 M.P. Drs. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz. Reiterada en la sentencia C-037 de 2003 M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis, que sobre el particular expreso:

Cuando se asigna al particular el cumplimiento de una función pública, éste adquiere la condición de un sujeto cualificado, en la medida en que se amplifica su capacidad jurídica, sin que por ello deje de ser un particular. Sin embargo, en este evento su situación jurídica se ve afectada en virtud de las responsabilidades que son anejas a quien cumple funciones de la indicada naturaleza.

(...) la figura que utiliza la norma para considerar al particular como servidor público, se sustenta en la exigencia especial de que esté cumple funciones públicas. Es esta cualificación del sujeto la que da lugar a la asimilación jurídica, de manera que existirá o dejará de existir si el particular ejerce o deja de ejercer dichas funciones³⁹.

³⁸ OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Derecho administrativo sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía. Edit. Legis. Bogotá-Colombia, 2000. Pág. 102.

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-563 de 1.998 (Octubre 7) acción pública de inconstitucionalidad contra la ley 80/1993, arts. 52, 53 y 56, y la ley 190/1995 arts. 18,19 y 20. Magistrado Ponente. Drs. ANTONIO BARRERA CARBONELL Y CARLOS GAVIRIA DÍAZ. Ref. Expediente D-1989.

De lo precedente se deduce que con dicha asimilación lo que se pretende es evitar tener que hacer un catalogo de los particulares que ejercen funciones administrativas en las conductas o ilícitos penales, donde el servidor público es el sujeto activo del delito.

Por tanto, los particulares que ejercen funciones administrativas pueden incurrir en los mismos delitos establecidos expresamente por el Código Penal (ley 599 de 2000) para los servidores públicos, como: los delitos contra la administración pública. Título XV. Tales como: a) el Peculado Arts. 397 a 403; b) la Concusión Art. 404; c) el Cohecho. Art. 405 y ss; d) el tráfico de influencias Art. 411; e) el enriquecimiento ilícito Art. 412; f) el prevaricato Arts 413 a 415; g) el abuso de autoridad y otras infracciones. Arts 416 a 425; h) la usurpación y abuso de funciones públicas Arts. 425 a 428; i) la utilización indebida de información y de influencias derivadas del ejercicio de funciones públicas. Igualmente, pueden ser responsables por los delitos de abuso de confianza Art. 250, falsedad ideológica Art. 286 y falsedad material Art. 287 Inc. 2º.

4.3.2 Responsabilidad Civil: en cuanto a este tipo de responsabilidad, también se parte de la asimilación del particular que ejerce funciones administrativas como servidor público, en razón de la función pública que aquel ejerce (en concordancia con lo anteriormente expuesto y con el Art. 74 de la ley 270 de 1996 y Art. 1 de la ley 678 de 2001) se reitera que sólo en cuanto al desarrollo de tal función; sin embargo, sobre esta clase de responsabilidad, las sentencias analizadas, no hacen referencia directa sobre este tema. Por lo cual, su estudio será muy general y se basará solo en la constitución y en la ley, puesto que su análisis de fondo puede ser objeto de otro trabajo de grado.

En primer lugar, se advierte que se hablará en particular de la responsabilidad del servidor público, pero como ya se dijo puede recaer en el particular que ejerce funciones administrativas.

La responsabilidad civil consiste en la obligación de indemnizar los perjuicios causados a una persona de la forma y cuantía que determine la ley. Este tipo de responsabilidad la tienen todos los servidores públicos conforme al derecho común, por consiguiente pueden ser demandados para el cumplimiento de sus obligaciones civiles, de la misma forma que los particulares.

Sobre esta clase de responsabilidad dispone el Art. 90 C.P que: *“el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

En el evento de ser condenado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este”.

Toda entidad pública se constituye en garante de los daños ocasionados por los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, lo cual se desprende de los artículos 77y 78 C.C.A⁴⁰. y básicamente el artículo 90 C.P.

Según La doctrina la responsabilidad patrimonial del servidor público es fruto de la acción reversica, o sea aquella que ejerce el Estado contra quien, estando vinculado a la administración, ha ocasionado, por su culpa grave o dolo, un daño a una persona.

Así mismo, la doctrina según el Dr. OSSA, ha distinguido dos modalidades de esta acción: la acción por medio de la cual se vincula al servidor público mediante el llamamiento en garantía, y la acción de repetición ordinaria. Ambas, son expresión de la acción de repetición y fundamentalmente se encaminan a lograr el resarcimiento por parte del agente causante del perjuicio.

El llamamiento en garantía consiste en términos generales, en que si al Estado le asiste el derecho para exigir la indemnización de perjuicios del servidor público, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en un proceso condenatorio contra el Estado, este puede pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre dicha relación. En consecuencia el servidor público corre con las contingencias de la sentencia y se convierte en parte a fin de que haga valer dentro del mismo proceso su defensa. Arts. 19 al 22 de la ley 678 de 2001

En la repetición ordinaria se trata de una acción ordinaria; ya que supone un proceso previo condenatorio contra el Estado. El Estado acciona contra el servidor público para hacer efectivo el monto de los detrimentos que le son imputables. Art. 72, 73 de la ley 270 de 1996 y el Art. 2 de la ley 678 de 2001.

⁴⁰ Artículo 77 C.C.A. “Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones”

Artículo 78 C.C.A. “Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario, o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad contra el funcionario por lo que le correspondiere”

Frente a terceros la entidad pública responde con su propio patrimonio; pero el estado establece la acción de repetición contra el funcionario para liberarse de sus cargas a favor del particular, víctima de su agente.

Tanto en el llamamiento en garantía (art. 217 C.C.A.) como en la repetición ordinaria una vez establecida la responsabilidad del servidor, el resarcimiento puede hacerse por la vía coactiva si voluntariamente el agente no se aviene a su satisfacción.

En el capítulo sexto del título tercero de la ley 270 de 1996 se desarrolla todo lo relativo a la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y de sus empleados judiciales. Se habla del error jurisdiccional, de sus presupuestos, del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, de la culpa exclusiva de la víctima y de la acción de repetición reglamentada por la ley 678 de 2001⁴¹. Esta acción de responsabilidad se materializa sólo cuando se ha dictado una providencia, pues cuando sea fruto de otras actuaciones diferentes no rigen las prohibiciones completas de la ley estatutaria de la administración de justicia.

4.3.3 Responsabilidad Disciplinaria: este género de responsabilidad se configura cuando el agente público o el particular que ejerce funciones administrativas infringe una norma de carácter disciplinario, o comete una falta a las obligaciones administrativas que se le han impuesto previamente, constituyendo el régimen disciplinario mismo el sustrato de la responsabilidad administrativa.

En el caso de la responsabilidad disciplinaria que recae sobre el particular que ejerce funciones administrativas; ya no se le asimila al servidor público, para aplicarle las mismas conductas y sanciones disciplinarias; puesto que la ley 734 de 2002 consagra un régimen especial aplicable a los particulares dentro de los cuales están los particulares que ejercen funciones administrativas (Libro. III. Título I Art. 52 a 57); dedicando además un título diferente para los notarios (Libro III. Título II Art. 58 a 65).

4.3.3.1 Evolución jurisprudencial de los particulares como destinatarios de la ley disciplinaria: de conformidad con la Sentencia C-037 de 2003 M.P.

⁴¹ OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Derecho Administrativo sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía. Edit. Legis, Bogotá-Colombia, 2000. Pág. 101.

Dr. Álvaro Tafur Galvis⁴², la Corte Constitucional ha evolucionado jurisprudencialmente con respecto al criterio que debe seguirse para especificar por medio de diferentes etapas cuándo y en qué circunstancias un determinado particular que ejerce funciones administrativas es destinatario de la ley disciplinaria y por consiguiente está sujeto a las sanciones por responsabilidad que establece el Código Disciplinario Único (ley 734 de 2002):

a) *Primera etapa. Adopción de un criterio subjetivo. La exigencia de subordinación al Estado:* la Corte señaló que el criterio para determinar cuándo un particular podía ser destinatario de la responsabilidad disciplinaria estaba dado por la subordinación que debía tener éste frente al Estado.

Así se señaló en la Sentencia C-280/96 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, en la que se precisó que por no existir entre el contratista de prestación de servicios y la administración una relación de subordinación, sino la prestación de un servicio de manera autónoma, dichos contratistas no eran destinatarios de la ley disciplinaria.

La Corte recuerda que la potestad sancionadora que tiene la administración se manifiesta en dos dimensiones bien diferenciadas, "la disciplinaria (frente a los funcionarios que violan los deberes y prohibiciones) y la correccional (por las infracciones de los particulares a las obligaciones o restricciones en materia de higiene, tránsito, financiera, fiscal, etc.)". Esto significa que la potestad disciplinaria se manifiesta sobre los servidores públicos, esto es, sobre aquellas personas naturales que prestan una función pública bajo la subordinación del Estado, incluida una relación derivada de un contrato de trabajo. En efecto, en aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona, se crea una relación de sujeción o supremacía especial debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la Administración y la aludida persona. Por ello esta Corporación ya había señalado que el "régimen disciplinario cobija a la totalidad de los servidores públicos, que lo son, de acuerdo al artículo 123 de la Constitución. los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios"⁴³

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 2003 (28 de Febrero) Acción Pública de inconstitucionalidad contra los arts. 3, 17,46, 53, 93, 143, 160, 165 (parciales) de la ley 734 de 2002 "por la cual se expide el Código Disciplinario Único" y contra el art. 115 (parcial) de la ley 270 de 1996 "Estatutaria de la Administración de Justicia" Magistrado Ponente. Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS. Ref. Expediente. D-3982.

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-280 de 1.996 M.P Dr. Alejandro Martínez Caballero. Citada por la CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis. Ibid.

Igualmente la Sentencia C-866 de 1999 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa⁴⁴, preciso que por no existir entre el contratista de prestación de servicios y la administración una relación de subordinación, sino la prestación de un servicio de manera autónoma, donde sus obligaciones son las derivadas del contrato y de la ley contractual, dichos contratistas no eran destinatarios de la ley disciplinaria por cuanto se trata de particulares contratistas y no de servidores públicos.

b) Segunda etapa. Adopción de un criterio material. La función pública y el interés público a ella inherente: se sustituye el anterior criterio aplicado a los particulares, por un criterio material. Al respecto la sentencia C-286 de 1996 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo estableció: "(...) El fundamento de la responsabilidad del particular es material y la aplicación del régimen disciplinario objetiva; ya que ni una ni otra atienden al estado o condición de quien actúa sino a la función pública que le haya sido encomendada y al interés, también público que a ella es inherente"⁴⁵.

Sin embargo, la sentencia citada reitera la Sentencia C-280 de 1996 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero* en lo relacionado a que el ejercicio de funciones públicas por particulares no incluye, para los fines de la ley disciplinaria, las relaciones contractuales entre el Estado y personas privadas, pues estas son independientes en cuanto no las liga al ente público lazo alguno de subordinación.

c) Estado actual. Adopción del criterio material: del análisis de la jurisprudencia se infiere que el criterio esencial para determinar si un particular puede ser sujeto o no del control disciplinario, lo constituye el hecho de que esté cumpla o no funciones administrativas. Donde, si el particular ejerce efectivamente una función administrativa será destinatario de la ley disciplinaria.

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-866 de 1.999 (Noviembre 3) Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 110 y 111 de la ley 489/1998, "por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden disposiciones y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del art. 189 C.P. y se dictan otras disposiciones" Magistrado Ponente Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA. Ref. Expediente D-2369.

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-286 de 1.996 (Junio 27) Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 20 parcial de la ley 200/1995. Magistrado Ponente. Dr. JOSÉ GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Ref. Expediente D-1116.

* CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-280 de 1.996 M.P Dr. Alejandro Martínez Caballero. Citada por la CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis

4.3.3.2 Régimen disciplinario aplicable a particulares: la ley 734 de 2002 Art. 53 establece que el régimen disciplinario establecido en dicha ley es aplicable a los particulares interventores en los contratos estatales (Art. 32 y siguientes de la ley 80 de 1993); así como, de quienes ejerzan funciones administrativas en lo que tiene que ver con estas funciones.

El Art. 54 habla de las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses, el Art. 55 establece los sujetos y las faltas gravísimas, el Art. 56 las sanciones, el Art. 57 los criterios de la graduación de la sanción y los Arts. 58 a 65 se refieren a los notarios, definiendo sus faltas, deberes y prohibiciones, sanciones, límites de las sanciones y criterios para su graduación.

4.3.4 Responsabilidad Contractual: este punto hace referencia al tema de la responsabilidad de los contratistas, quienes se rigen por la ley 80 de 1993. En principio los contratistas son particulares, que por el simple hecho de contratar con el estado no significa que estén ejerciendo una función pública y por lo mismo ser sometidos al correspondiente régimen disciplinario, civil y penal que en esa materia señala la ley para los servidores públicos; sin embargo cuando al contratista se le confiere efectivamente una función administrativa si le cabe la aplicación de los diferentes tipos de responsabilidad antes descritos⁴⁶.

Al respecto la sentencia C-563 de 1998 M.P. Drs. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz, (reiterada por la sentencia C-037 de 2003 M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis) manifestó:

Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.

Lo anterior es evidente, si se observa que el propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados. Por lo tanto, por ejemplo en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública, su labor que es estrictamente material y no jurídica, se reduce a construir o reparar la obra que requiere el ente estatal para él alcanzar los fines que le son propios.

⁴⁶ Ver anexos. Ficha N. 12 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 094 de 2003 (11 de Febrero) Acción Pública de inconstitucionalidad contra el numeral 29 del art. 48 de la ley 734 de 2002 “por el cual se expide el Código Disciplinario Único”. Magistrado Ponente. Dr. JAIME CÓRDOVA TRIVIÑO

En estas circunstancias descritas, el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones.

Sin embargo, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc⁴⁷.

La responsabilidad contractual en la ley 80 de 1993 se configura básicamente bajo dos supuestos, los cuales conllevan a diferentes valoraciones:

- a) La responsabilidad de los contratistas: Civil: Los contratistas son obligados al pago de la indemnización en la forma y cuantía que se determine; además quedan inhabilitados para ejercer cargos públicos y celebrar contratos a partir de la ejecutoria de la sentencia. La acción civil en materia contractual prescribe en cuatro años.

Así mismo, el artículo 56 de la ley 80 de 1993 señala que para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, están sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

- b) Responsabilidad de consultores, interventores y asesores externos Art. 53 ley 80/1993: dichas personas responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría y asesoría, como por los hechos u omisiones que le fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos, tal como los contratistas, y están sujetos a las inhabilidades subsiguientes para celebrar contratos en cuanto se consideren igualmente particulares que ejercen funciones públicas.

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-563 de 1.998 (Octubre 7) acción pública de inconstitucionalidad contra la ley 80/1993, arts. 52, 53 y 56, y la ley 190/1995 arts. 18,19 y 20. Magistrado Ponente. Drs. ANTONIO BARRERA CARBONELL Y CARLOS GAVIRIA DÍAZ. Ref. Expediente D-1989.

En síntesis, los particulares contratistas, como sujetos particulares no pierden su calidad de tales al contratar con el Estado y en este sentido no están sujetos a la ley disciplinaria, ni penal, pero cuando el particular interventor de un contrato estatal cumpla una función pública, se considera que de conformidad con el legislador puede aplicársele el régimen disciplinario y penal correspondiente.

Sobre este punto, la sentencia C-563 de 1998 M.P. Drs. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz, expreso:

(...) a dichos sujetos no se les está elevando a la categoría de servidores públicos, ni desconociendo su condición de particulares. Simplemente el legislador, como autoridad competente para definir la política criminal, ha considerado que la responsabilidad penal de las personas con las cuales el Estado ha celebrado contratos para desarrollar una obra, debe ser igual a la de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, o la de funcionarios al servicio de entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Tal tratamiento que, se insiste, no implica convertir al particular en un servidor público, tiene una justificación objetiva y razonable, pues pretende garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan a cabalidad, sin que sean menguados o interferidos por alguien que en principio, no está vinculado por ellos⁴⁸.

Igualmente, en la sentencia 181 de 2002 M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra⁴⁹ se precisó que cuando se establezca mediante contrato, la administración de recursos parafiscales por los particulares, que sin lugar a dudas constituye el ejercicio de una función pública, el contratista encargado de dicha administración queda sometido al control disciplinario exclusivamente en lo referente a ella; es decir a la función pública ejercida.

En consecuencia, en cuanto al régimen de responsabilidad de los particulares que ejercen funciones administrativas y según todo lo expuesto en este capítulo, los particulares que desempeñan funciones de esa clase no pueden tener una responsabilidad igual a la de cualquier particular, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrollan en la

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-181 de 2002 M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Citada por la CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 2003 (28 de Febrero) Acción Pública de inconstitucionalidad contra los arts. 3, 17,46, 53, 93, 143, 160, 165 (parciales) de la ley 734 de 2002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único” y contra el art. 115 (parcial) de la ley 270 de 1996 “Estatutaria de la Administración de Justicia” Magistrado Ponente. Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS. Ref. Expediente. D-3982.

medida de está y en cuanto toca con el interés colectivo, son públicamente responsables por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo*.

La sentencia C-037 de 2003 M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis sobre el particular establece:

Cabe precisar que si bien es cierto que conforme al Art. 6 de la Constitución los particulares pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido, por lo cual “solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes” dicha norma no resulta aplicable cuando se trata de la atribución de funciones públicas. En este supuesto, solo pueden llevar a cabo aquello que en virtud de la atribución viene a ser de su competencia y, conforme al propio Art. 6 de la Carta, responden entonces por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, como lo hacen los servidores públicos⁵⁰.

4.4 RÉGIMEN DE REMUNERACIÓN

El ejercicio de una función administrativa en cabeza de un particular es una actividad no retribuable en dinero; es decir gratuita, en razón de que colaborar con el Estado, para lograr el bien común y el cumplimiento de los fines estatales es una forma de participar en la gestión pública, circunstancia que constituye un deber constitucional; tal circunstancia permite que la entidad o el organismo que atribuye la función administrativa no esté obligada a pagar por los servicios que preste el particular.

Al respecto la sentencia C-091 de 1997 M.P. Dr. Jorge Arango Mejía, (reiterada por la sentencia 866 de 1999 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa) estableció:

(...) Tampoco exige la constitución que la ley establezca una específica retribución para el particular que ejerza funciones públicas. Al fin y al cabo, está es una forma de

* Este aparte de la sentencia C-286 de 1996. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo fue reiterado en la sentencia C-181 de 1997 M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 2003 (28 de Febrero) Acción Pública de inconstitucionalidad contra los arts. 3, 17,46, 53, 93, 143, 160, 165 (parciales) de la ley 734 de 2002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único” y contra el art. 115 (parcial) de la ley 270 de 1996 “Estatutaria de la Administración de Justicia” Magistrado Ponente. Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS. Ref. Expediente. D-3982.

“participar en la vida política, cívica y comunitaria”, que es uno de los deberes a los que se refiere el Art. 95 de la constitución. En el caso de los comerciantes que recaudan el impuesto al valor agregado (IVA), y en el de quienes al hacer un pago, retienen en la fuente, la ley no ha previsto una retribución por tal gestión, porque este es un deber de participación, conexo con la actividad que ellos desarrollan.

Cumplir así este deber, sin una específica retribución, no quebranta la justicia ni la equidad, por el contrario, las realiza, porque es una expresión de la solidaridad social, y no puede afirmarse, en general, que el ejercicio de la función pública represente un perjuicio para el particular, porque no lo hay en el servicio a la comunidad. Solo podría haberlo si la función asignada implicará una carga excesiva, desproporcionada y contraria, por lo mismo, a la equidad y a la justicia⁵¹.

La sentencia 866 de 1999 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, complementa la sentencia citada en el sentido de que permite al legislador fijar determinada remuneración, como contraprestación a los servicios prestados por el particular que ejerce funciones administrativas: “Si bien es cierto que el ejercicio de funciones públicas por particulares puede ejercerse en principio a título gratuito, esto no impide que puedan ser remuneradas, esto depende de la facultad discrecional del legislador de señalar cuándo establece una u otra condición”⁵².

4.5 RÉGIMEN DE CONTROL Y VIGILANCIA

4.5.1 Control directo: conforme a lo estipulado por la ley 489 de 1998 artículo 114. La entidad pública titular de la función administrativa conferida al particular ejerce un control directo sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que debe observar el particular, sin perjuicio de los controles pertinentes, por razón de la naturaleza de la entidad, o cuando la ley o la constitución determinen un control especial.

Así por ejemplo, tenemos el caso de las Cámaras de Comercio, donde le corresponde al Gobierno Nacional ejercer la vigilancia y control por intermedio de la Superintendencia de Industria y Comercio, quien puede sancionarla por el

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-091 de 1.997 (Febrero 26) Acción pública de inconstitucionalidad contra el art. 233 parcial de la ley 223/1995, “Por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones”. Magistrado Ponente. Dr. JORGE ARANGO MEJIA. Ref. Expediente D-1412.

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-866 de 1.999 (Noviembre 3) Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 110 y 111 de la ley 489/1998, “por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden disposiciones y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del art. 189 C.P. y se dictan otras disposiciones” Magistrado Ponente Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA. Ref. Expediente D-2369.

incumplimiento de sus deberes y debe aprobar sus estatutos y presupuestos anuales*.

El caso de los notarios, donde el Ministerio de Justicia y del Derecho por medio de la Superintendencia de Notariado y Registro ejerce la vigilancia notarial, o el caso de los curadores urbanos donde la vigilancia y control en cuanto al cumplimiento de las normas urbanísticas por parte de estos corresponde al alcalde municipal o distrital, o su delegado permanente.

4.5.2 Control disciplinario: el control disciplinario fue reservado por el constituyente para quienes cumplen funciones administrativas, en los siguientes artículos:

- Art. 118 C.P. que señala que al ministerio público corresponde la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas.
- Art. 277 num. 5 C.P. que asigna al Procurador General de la Nación la Función de velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas y según el num. 6 se le encarga la tarea de ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas.

Es decir; que el ámbito del control disciplinario establecido por la Constitución se encuentra claramente delimitado por el ejercicio de funciones públicas sean ellas ejercidas por servidores públicos (art. 123-1 y 2, 124 C.P. o excepcionalmente por particulares (Art. 123-3, 116-3, 210-2, 276-2 C.P).

4.5.3 Control fiscal: es una función pública que le corresponde a la Contraloría General de la Nación. La Contraloría es un órgano de control autónomo e independiente (artículo 113 C.P.) que vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares en ejercicio de funciones públicas que manejen fondos o bienes de la nación; para garantizar su conservación y adecuado rendimiento.

El constituyente de 1.991 dentro del propósito de asegurar que el manejo del patrimonio estatal se desenvuelva en ámbitos de moralidad, eficiencia, economía

* El Consejo de Estado estableció que es un control que se limita a la legalidad de sus actuaciones, y no a un control de subordinación de la cámara a la superintendencia.

y legalidad absoluta, asignó a los organismos relacionados con el control fiscal un carácter técnico y la autonomía administrativa y presupuestal para el ejercicio de sus funciones. Así, el artículo 267 de la carta política, define el control fiscal como una función fiscal que ejerce la Contraloría General de la Nación, y en virtud del principio de autonomía y descentralización administrativa y política, de las entidades territoriales, también las contralorías de los Departamentos, Distritos y Municipios, y en el caso de que la ley no determine autonomía del orden municipal en el control fiscal, la vigilancia de los municipios incumbe a las contralorías departamentales (artículo 272 C.P.).

Dicha vigilancia, incorpora un control financiero, de gestión y de resultados, basado en la eficiencia, la economía, equidad y valoración de los costos ambientales. Los sujetos activos del control fiscal son las contralorías. Los sujetos pasivos del control fiscal son todas las dependencias unidades o personas sobre las cuales las contralorías están obligadas constitucional o legalmente a ejercer el control de la gestión fiscal, ya porque manejan fondos de la Nación, el Departamento o el Municipio.

El control fiscal se ejerce en forma “posterior y selectiva”*, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley, pudiendo esta incluso, autorizar en casos especiales, que la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas, escogidas por concurso público de méritos y contratadas previo concepto del Consejo de Estado (artículo 267 C.P.).

Como la administración del tesoro público supone una mayor responsabilidad para el servidor que la realiza, quien incurra en el acto irregular sobre el manejo de bienes o recursos públicos, adquiere además de la responsabilidad disciplinaria y penal, una de tipo penal, ante el órgano respectivo de control, el cual ejercerá la potestad sancionadora pecuniaria, con la correlativa jurisdicción coactiva, en relación con las personas que ocasionan un daño al erario (Constitución Política artículo 268 numerales 5 y 8.).

El Congreso de la república en virtud de su poder legislativo, expidió la ley 42 de 1993 “sobre organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que la ejercen” en su articulado se establecen los organismos titulares del control fiscal en los diferentes niveles, así como los principios, sistemas y procedimientos que lo rigen. Dicha ley fue modificada por la ley 610 de 2000 “por la cual se

* Posterior, para evitar que los sujetos de este control dependan de autorizaciones previas a la ejecución de sus actos; selectiva, en cuanto que son objeto de control aquellas actuaciones que la Contraloría considere deben ser revisadas.

establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”.

El artículo 2° de la ley 42 de 1993 señala los sujetos del control fiscal, entre los cuales están comprendidos las personas naturales o jurídicas de carácter privado que manejen fondos o recursos del Estado.

Al respecto la sentencia C-167 de 1995. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz estableció:

La función fiscalizadora de la contraloría general propende por el control de gestión, para verificar el manejo adecuado de los recursos públicos, sean administrados por organismos públicos o privados. Dicha función pública abarca incluso a todos los particulares que manejen fondos o bienes de la nación.

Entonces, ningún ente, por soberano o privado que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia, la Constitución vigente crea los órganos de control independiente (artículo 263) para todos los que manejen fondos públicos, y recursos del Estado, incluyendo a los particulares⁵³.

De esta forma, es claro que los particulares que ejercen funciones administrativas, que en desarrollo de las mismas administran, recaudan o invierten fondos públicos, o sea de los que pertenecen al erario con el fin de que se cumplan los objetivos que el legislador pretende*, son sujetos al control fiscal de la Contraloría, puesto que donde quiera que existan bienes o ingresos públicos, debe estar presente en la fiscalización el ente superior de control.

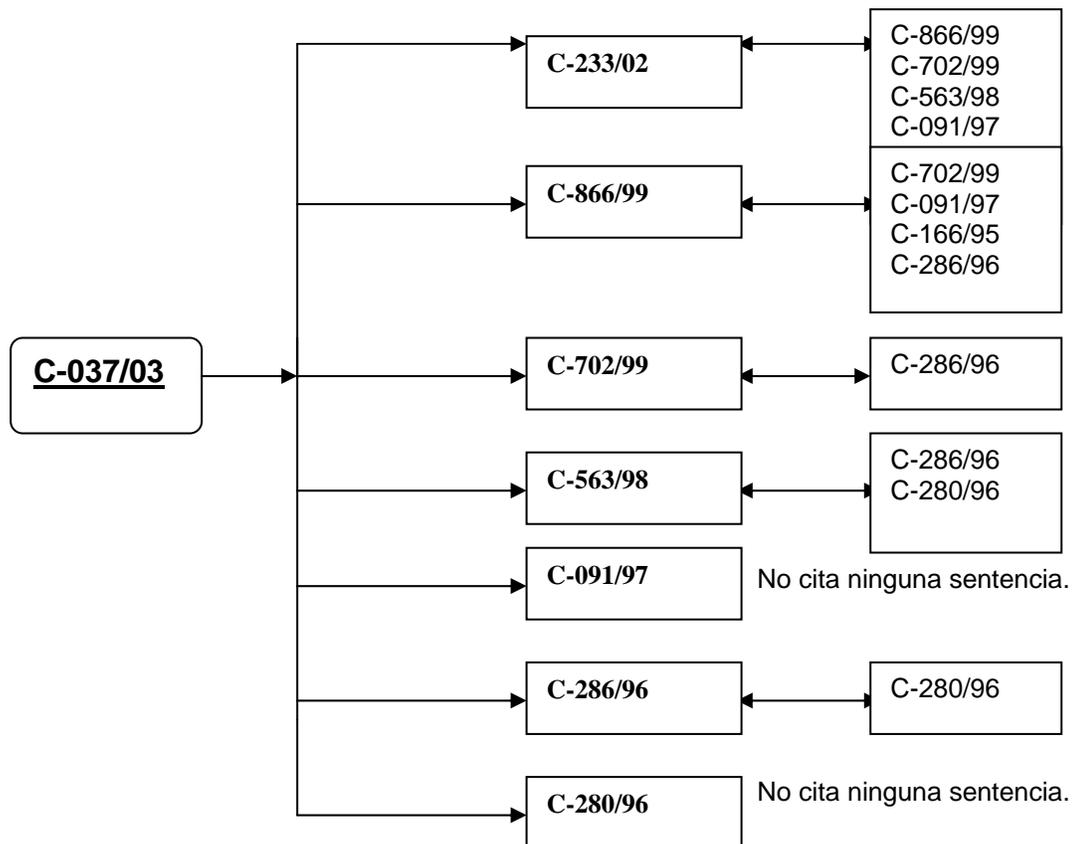
⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-167 de 1995 (20 de Abril) Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 88 del Decreto 410 de 1971. Código de Comercio. Magistrado Ponente. Dr. FABIO MORÓN DÍAZ.

* Los recursos económicos provenientes del ejercicio de funciones públicas, tienen el carácter de fondos públicos. Sentencia C-167 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz. Ibid.,

5. LÍNEA JURISPRUDENCIAL

5.1 LÍNEA GENERAL

A continuación, se hace un bosquejo de las sentencias que sirvieron de punto de referencia a la línea jurisprudencial, en cuanto al tema de la responsabilidad de los particulares que ejercen funciones administrativas, utilizando como punto de partida las citas jurisprudenciales que hace la sentencia arquimédica más reciente sobre el particular, cual es la sentencia C-037 de 2003 M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis⁵⁴. Así se observó lo siguiente:



⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 2003 (28 de Febrero) Acción Pública de inconstitucionalidad contra los arts. 3, 17,46, 53, 93, 143, 160, 165 (parciales) de la ley 734 de 2002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único” y contra el art. 115 (parcial) de la ley 270 de 1996 “Estatutaria de la Administración de Justicia” Magistrado Ponente. Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS. Ref. Expediente. D-3982.

Esta gráfica, arroja los siguientes resultados:

- La sentencia fundacional de la línea es la C-280 de 1996, por las siguientes razones: primero, porque es una sentencia pretenciosa en materia de doctrina y se hace gran recuento de los principios y reglas relacionadas con el tema bajo estudio; sin embargo trata sobre la ley 200 de 1995 la cual fue derogada por la ley 734 de 2002, ley que fue objeto de la sentencia C-037 de 2003, por tal motivo, y como segunda razón, es una doctrina constitucional no vigente, puesto que la sentencia antes mencionada la cita pero únicamente a manera de referencia en cuanto a la evolución jurisprudencial que ha tenido la responsabilidad administrativa de los particulares que ejercen funciones públicas, y tercero, el hecho de que la C-280/96, a su vez, no cite ninguna otra sentencia al respecto, demuestra que en algún sentido fallo desde un “vacío” jurisprudencial.
- Algunas de las sentencias esquematizadas parecen ser citadas sistemáticamente en toda la línea, como la C-286/96, la C-091/97 o la C-563/98; lo cual hace que ocupen el lugar de sentencias hito; mientras que otras aparecen allí de manera eventual, como la C-166/95.
- Finalmente, y de conformidad con el estudio de la sentencia C-037 de 2003 se puede decir que está es una sentencia confirmadora de principio, puesto que es una aplicación, a un caso nuevo* del principio o ratio contenido en las sentencias que cita. Situación que evidencia que el juez ha obedecido el precedente constitucional trazado en esta materia.

5.2 LÍNEA DEL PROBLEMA JURÍDICO:

El problema jurídico a tratar se esboza de la siguiente forma:

¿Los particulares que ejercen funciones administrativas responden de la misma forma que los servidores públicos, según el Art. 6 C.P., siendo que aquellos son personas privadas y no públicas?

A lo cual, las sentencias analizadas respondieron:

* Como es la 734 de 2002 que derogó la ley 200 de 1995 “Código Disciplinario único”

| | | |
|---|---|--|
| <p>Los particulares que ejercen funciones públicas, en relación con el desarrollo de tal función adquieren el carácter de personas cualificadas; asimilables a los servidores públicos respecto de la aplicación del mismo régimen de responsabilidad penal, y además son destinatarios de la ley disciplinaria; puesto que se considera es el rol que desempeña el particular, más no el criterio de subordinación</p> | <p style="text-align: center;">C-280/96 M.P. Alejandro Martínez</p> <p style="text-align: center;">↑</p> <p style="text-align: center;">Contratistas independientes</p> <p>C-286/96 → M.P. José Gregorio Hernández</p> <p>C-091/97 M.P. Jorge Arango M.</p> <p>C-563/98 M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz ↔ Salvamento de voto Antonio Barrera C. y Alejandro Martínez.</p> <p>866/99 → M.P. Vladimiro Naranjo Mesa</p> <p style="text-align: center;">↑</p> <p style="text-align: center;">C-094/03 M.P. Jaime Cordoba Triviño</p> <p>C-233/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis</p> <p>C-037/03 → M.P. Álvaro Tafur Galvis</p> <p style="text-align: center;">Contratistas Independientes</p> | <p>Los particulares que ejercen funciones administrativas; nunca pierden su calidad de particulares por ejercer una función pública, puesto que no hay relación de subordinación con el estado, por lo tanto no son destinatarios de la ley disciplinaria.</p> |
|---|---|--|

Esta gráfica muestra la evolución jurisprudencial que ha suscitado la responsabilidad disciplinaria de los particulares que ejercen funciones administrativas, la cual, ha pasado de concebir este tema desde un criterio subjetivo o de subordinación con el Estado sentencia C-280 de 1996 M.P. Dr. Alejandro Martínez; hasta llegar a un criterio material que no depende de la subordinación sino del rol que desempeña el particular que ejerce funciones administrativas, esto inicia con la sentencia 286 de 1996 M.P. Dr. José Gregorio Hernández, hasta la sentencia C-037/03 M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis, lo cual evidencia que este es el criterio jurisprudencial vigente y verifica además la sujeción del juez Constitucional al sistema de precedentes.

Sin embargo, se observa que se sigue utilizado el criterio subjetivo en lo relacionado con los contratistas independientes, quienes no son destinatarios de la ley disciplinaria hasta tanto no se verifique que efectivamente ejecutan una función pública sentencia C-286 de 1996; 886 de 1999 y 037 de 2003 M.P. Dr. José Gregorio Hernández; Vladimiro Naranjo Mesa, y Álvaro Tafur Galvis, respectivamente y un salvamento de voto de la sentencia C-563 de 1998 M.P. Drs. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

6. CONCLUSIONES

1. La presencia de organizaciones privadas; así como de particulares en la realización de actividades administrativas de las cuales el Estado es titular originario, es concebida como una especie de descentralización por colaboración, que se inició en Francia, por la incapacidad del Estado de cumplir todas sus funciones administrativas por sí mismo.
2. Esta forma de descentralización por colaboración se presenta cuando personas privadas ejercen funciones administrativas autorizadas por la ley, lo cual, permite la participación del particular en la gestión del Estado. Es así, como la Constitución Política de Colombia eleva a grado constitucional esa forma de descentralización en los artículos 123, 210, 267 y 365.
3. Los particulares que ejercen funciones administrativas son también llamados servidores públicos por asimilación en virtud de la función pública que ejecutan; quienes, pueden ser tanto personas naturales como personas jurídicas.
4. Constitucionalmente se permite que los particulares ejerzan funciones administrativas de forma permanente como las cámaras de comercio, los notarios y los curadores urbanos, o de forma temporal como los auxiliares de la administración (peritos, jurados de votación, contratistas y miembros de las juntas o consejos directivos).
5. La función pública y la función administrativa no son conceptos equivalentes; por lo tanto no deben asimilarse entre sí. Lo que sucede es que la función pública constituye el género y la función administrativa constituye la especie. Pero para el caso de los particulares, lo pertinente es la función administrativa, que al trasladarse a los particulares genera la descentralización por colaboración.
6. No debe confundirse función pública con prestación de un servicio público por un particular; puesto que la Constitución los diferencia expresamente; solo en los casos en los cuales pueda inferirse que como consecuencia de la prestación de un servicio público además se ejerce una función pública cabe decirse que se está en presencia de un particular que ejerce funciones públicas y por lo tanto aplicar el régimen correspondiente.

7. La atribución de funciones públicas a particulares se limita exclusivamente: 1) al ejercicio de funciones administrativas; 2) a que la Constitución no atribuya de forma exclusiva y excluyente la función a otras autoridades; 3) a que su control y vigilancia está en cabeza del titular de la función atribuida; 4) que la función atribuida solo puede ser otorgada por el titular de la misma y; 5) no se puede reemplazar totalmente a la autoridad que otorga la función.
8. La atribución de funciones administrativas a particulares debe hacerse, bajo ciertos parámetros, determinando expresamente la función atribuida precisando específicamente su campo de aplicación, en forma tal que la atribución no devengue en una invasión de funciones no concedidas o a un agotamiento de la autoridad que atribuye la función. La atribución de funciones administrativas debe hacerse bajo convenio no mayor de cinco años y acto administrativo conforme a la ley.
9. El ejercicio de funciones administrativas por particulares no implica el cambio de su naturaleza como entidad particular ni sus empleados adquieren la calidad de servidores públicos. La entidad a la que se le atribuye la función, conserva inalterada su condición de sujeto privado, sometido al régimen de derecho privado en lo atinente a la organización, desarrollo de las actividades y su específica finalidad.
10. En la medida en la que los particulares ejercen funciones administrativas, en su desempeño ocupan la autoridad estatal, gozando por ende de las prerrogativas del poder estatal y encontrándose sometidas a la disciplina del poder público; de modo que los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que según el artículo 209 superior, guían el desarrollo de la función administrativa, les son por completo aplicables.
11. El legislador tiene la facultad para regular todo lo concerniente al régimen jurídico aplicable a los particulares que ejercen funciones administrativas, en lo relacionado con las inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y responsabilidades aplicables a dichos particulares. Así es como se dicta la ley 489 de 1998 y la ley 734 de 2002; sin embargo para cada particular (notarios, cámaras de comercio, etc) se establece además, un régimen especial, según el caso.
12. El régimen general de responsabilidad consagrado en el Art. 6 de la Constitución Nacional, no debe entenderse de forma absoluta cuando se trate del caso de particulares que ejercen funciones administrativas; puesto que

estos no solo deben responder por la infracción de la Constitución y la ley; por ostentar la calidad de particulares; sino que también son responsables por la omisión o extralimitación de sus funciones; al igual que los servidores públicos; puesto que, ejercen una función administrativa, pero sólo dentro del desarrollo de tal función.

13. Asignar funciones administrativas a particulares, no cambia su condición privada, ni los transforma por ese hecho en servidores públicos, pero el ejercicio de tales funciones implica un incremento en los compromisos que estos adquieren con el Estado. Por tanto; (acogiendo el criterio material y no subjetivo) son responsables civil y penalmente de la misma forma que los servidores públicos en razón únicamente de la función administrativa que ejecutan.
14. En cuanto a la responsabilidad disciplinaria de los particulares que ejercen funciones administrativas, la ley 734 de 2002 consagra un régimen especial sobre el cual son juzgados; por lo cual, en este caso, tales particulares no son asimilados a servidores públicos.
15. El legislador, en virtud de la autonomía legislativa de la que goza, es el encargado de determinar la clase de remuneración que deben tener los particulares que ejerzan funciones administrativas como contraprestación por la función desempeñada. Lo contrario, es decir que ese ejercicio sea gratuito sería atentar contra el principio de igualdad de los particulares ante las cargas públicas.
16. El control y la vigilancia de los particulares que ejercen funciones administrativas, esta a cargo en principio de la autoridad que atribuye la función administrativa (control directo); sin perjuicio del control y vigilancia especial atribuido por el legislador para determinados particulares y además sin perjuicio del poder preferente que tiene la Procuraduría General de la Nación (control disciplinario), y del control fiscal que ejerce la Contraloría General de la Nación sobre los bienes o recursos del Estado que administren o manejen los particulares.

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN NACIONAL:

- COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Bogotá. Temis, 2003.
- RÉGIMEN LEGAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Erudito práctico. Legis, Bogotá D.C., 2000.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 101 de 1993 Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993 Estatuto de Contratación Administrativa.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 142 de 1994 Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 489 de 1998. Organización y Funcionamiento de las Entidades del Orden Nacional.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000 Código Penal.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 678 de 2001 Responsabilidad Patrimonial de los Agentes del Estado.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 734 de 2002 Código Único Disciplinario.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 810 de 2003 por medio de la cual se modifica la ley 388 de 1997.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-308 de 1994 (7 de Julio) Demanda de inconstitucionalidad contra el literal b, ordinal 2, artículo 19 del Decreto-Ley 2420 de 1968; artículo 1 del Decreto-Ley 1748 de 1991; artículo 1 Decreto-Ley 2055 de 1991; artículos 264 numerales 1 y 3; 265 numeral a 2; 266 numerales 1 y 2 del Decreto-Ley 663 de 1993. Magistrado Ponente. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL. Ref: Expediente D-476.

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-166 de 1995 (20 de Abril) Acción pública de inconstitucionalidad contra los numerales 5 y 6 del art. 22 de la ley 80/1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de la Administración Pública”. Magistrado Ponente. Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA. Ref: Expediente D-643
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-167 de 1995 (20 de Abril) Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 88 del Decreto 410 de 1971. Código de Comercio. Magistrado Ponente. Dr. FABIO MORÓN DÍAZ.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-631 de 1.996 (21 Noviembre) Acción pública de inconstitucionalidad contra el inciso 2 del art. 5 de la ley 190/1995, afirmando su competencia con fundamento en lo dispuesto en el art. 241-4 de la C.N. Magistrado Ponente. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONEL. Ref. Expediente D-1326.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-286 de 1.996 (Junio 27) Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 20 parcial de la ley 200/1995. Magistrado Ponente. Dr. JOSÉ GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Ref. Expediente D-1116.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-091 de 1.997 (Febrero 26) Acción pública de inconstitucionalidad contra el art. 233 parcial de la ley 223/1995, “Por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones”. Magistrado Ponente. Dr. JORGE ARANGO MEJIA. Ref. Expediente D-1412.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-181 de 1.997 (Abril 10) Acción pública de inconstitucionalidad contra el art. 2 (parcial) del Decreto 960 de 1970 “por el cual se expide el estatuto del notariado” Magistrado Ponente Dr. FABIO MORON DIAZ Ref. Expediente D-1450.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-563 de 1.998 (Octubre 7) acción pública de inconstitucionalidad contra la ley 80/1993, arts. 52, 53 y 56, y la ley 190/1995 arts. 18,19 y 20. Magistrado Ponente. Drs. ANTONIO BARRERA CARBONELL Y CARLOS GAVIRIA DÍAZ. Ref. Expediente D-1989.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-702 de 1.999 (Septiembre 20) Acción pública de inconstitucionalidad en contra de los artículos 7 (parcial), 47 (parcial), 51,52,53,54,55,59 (parcial), 68 (parcial), 111 (parcial) y 120 de la ley 489/1998“ por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden disposiciones y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del art. 189 C.P. y se dictan otras disposiciones” Magistrado Ponente Dr. FABIO MORÓN DÍAZ Ref. Expediente D-2296.

- CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-866 de 1.999 (Noviembre 3) Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 110 y 111 de la ley 489/1998, “por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden disposiciones y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del art. 189 C.P. y se dictan otras disposiciones” Magistrado Ponente Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA. Ref. Expediente D-2369.
- CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-1142 de 2.000. (Agosto 30) Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 90 del Código de Comercio. Magistrado Ponente Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO. Ref. Expediente D-2835.
- CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-1508 de 2.000 (Noviembre 8) Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 10 del Decreto 960/1970, modificado por el art. 21 de la ley 29/1973 Estatuto del Notariado“ Magistrado Ponente. Dr. JAIRO CHARRY RIVAS. Ref. Expediente D- 2967.
- CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-543 de 2001 (Mayo 23) Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 20 y 23 (parciales) de la ley 9 de 1991; artículos 4 de la ley 66 de 1942, artículo 2 de la ley 11 de 1972, artículo 10 del Decreto 2078 de 1940. Magistrado Ponente Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS. Ref. Expediente D- 3163.
- CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-181 de 2002 (Marzo12) Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 9 (total), 20, 25, 27, 29, 30,44 (parciales),65 (total),116,131,146,151,157(parciales) de la ley 200 de 1995.”Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único”. Magistrado Ponente Dr. MARCO GERARDO MONRROY CABRA. Ref. Expediente D- 3676.
- CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-233 de 2.002 (Abril 4) Acción pública de inconstitucionalidad contra los arts. 17 y 18 de la ley 678/2001 “por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía con fines de repetición” Magistrado Ponente. Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS. Ref. Expediente D- 3704.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 094 de 2003 (11 de Febrero) Acción pública de inconstitucionalidad contra el numeral 29 del art. 48 de la ley 734 de 2002 “por el cual se expide el Código Disciplinario Único”. Magistrado Ponente. Dr. JAIME CÓRDOVA TRIVIÑO.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 2003 (28 de Febrero) Acción pública de inconstitucionalidad contra los arts. 3, 17,46, 53, 93, 143, 160, 165 (parciales) de la ley 734 de 2002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único” y contra el art. 115 (parcial) de la ley 270 de 1996 “Estatutaria de la

Administración de Justicia” Magistrado Ponente. Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS. Ref. Expediente. D-3982.

DOCTRINA:

- AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Elementos de derecho administrativo general. Primera edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. D.C. 1999. Aplicación del derecho administrativo, su proyección para el presente milenio. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. 2002.
- CAMACHO AZULA, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Tomo VI Pruebas Judiciales. Segunda edición. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C., 2003.
- CUBIDES ROMERO, Manuel. Derecho Notarial Colombiano. Segunda edición corregida y aumentada. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 1992
- DE LA TORRE, Madriñán Ramón. Principios de Derecho Comercial, octava edición. Editorial Temis. S.A. Bogotá, D.C., 2000.
- GARCÍA HERREROS S, Orlando. Manual de la Administración pública. Institución Universitaria Sergio Arboleda Serie Mayor – 9, Bogotá D.C., 1995.
- GONZÁLEZ SALAS, Edgar. El Laberinto Institucional Colombiano 1974-1994. Fundamentos de la Administración Pública. Universidad Nacional, Bogotá D.C., 1997.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces, Editorial Legis. Bogotá D.C., 2001
- MANOTAS GONZÁLEZ, Norha. Participación Ciudadana. Mito y realidad en la gestión pública. Primeras Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2001.
- MARTÍNEZ LÓPEZ, Antonio José. Régimen Penal de la Función Pública. Librería del Profesional. Bogotá D.C., 1.998.
- MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos Contra la Administración Pública. 2ed. Santa fe de Bogotá. Grupo editorial Leyer. Bogotá D.C. 1998.
- OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Derecho administrativo sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía. Legis, Bogotá D. C, 2000.

- PAILLET, Michael. La Responsabilidad Administrativa. Traducción y estudio introductorio: Jesús María Carrillo Ballesteros. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2001.
- PENAGOS, Gustavo. Derecho Administrativo, Tomo I, Ediciones librería del profesional, Bogotá D.C., 1994.
- RAVÉ ARISTIZABAL, Gabriel. Manual de derecho administrativo especial y contratación estatal. Señal Editora, Bogotá D.C., 2002.
- RODRÍGUEZ R, Libardo. Décima tercera edición. Temis, Bogotá D.C., 2002.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, tercera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogota D.C., 2003.
- TAFUR GALVIS, Álvaro. Las Entidades Descentralizadas. Temis Ltda. Santa fe de Bogotá D.C., 1977.
- VELÁSQUEZ, Carlos Alberto. Instituciones de Derecho Comercial, tercera edición. Edición Fundación Cámara de Comercio de Medellín para la Investigación y la Cultura. Medellín, 1998.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo, undécima edición. Editorial Temis S.A. Bogotá, D.C., 1997.
- VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral. Tomo I, Principios, estructura y relaciones individuales, tercera edición. Legis. Bogotá D.C., 1998.

PÁGINAS WEB

- http://juriscol.banrep.gov.co:8080/basis/juris_docs/jurisprudencia/juris_buscar_cortec_cont.htm/
- <http://www.google.com/search?h/=en&je=utt-8&oe=utf>
- <http://GOBIERNOENLINEA.GOV.CO/normatividad/>
- <http://www.mininteriorjusticia.gov.co/biblioteca/consultahtm>.
- http://200.74.133.178/csj_portal/.

ANEXOS PRIMERA PARTE

Anexo A. Ficha N. 1.

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PÚBLICO
SUBÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL**

COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA

- 1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA:** D (X)
- 2. NÚMERO DE SENTENCIA:** C (308) 94
- 3. FECHA DE LA SENTENCIA:** 07-07-94
- 4. MAGISTRADO PONENTE:** Dr. Antonio Barrera Carbonell
- 5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:**
 - Antonio Barrera Carbonell.
 - Eduardo Cifuentes Muñoz.
 - Carlos Gaviria Díaz.
 - Enrique Gaviria Lievano (conjuez)
 - Hernando Herrera Vergara.
 - José Gregorio Hernández Galindo.
 - Alejandro Martínez Caballero.

- Fabio Morón Díaz.
- Vladimiro Naranjo Mesa.

6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO: No hubo salvamento de voto

7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO: No hubo aclaración de voto.

8. VOTACIÓN: 9-0

9. ACTOR O ACCIONANTE: Milciades Zuluaga Herrera

10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE: PN (X)

11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Sí (X). El Procurador General de la República solicitó a la Corte la declaración de exequibilidad de la norma demandada, en virtud de que el Banco Cafetero, hoy sociedad de economía mixta, pertenece al Fondo nacional del Café y de ello se infiere que su patrimonio esta formado por ingresos de carácter parafiscal, que son recursos de naturaleza pública con afectación privada, por tanto el Estado puede disponer de tales recursos, pues es una entidad que el creó y que tiene unos gravámenes que se sostienen gracias a su soberanía fiscal.

12. INTERVINIENTES:

- El ciudadano Daniel Contreras Gómez, presentó escrito con el fin de coadyuvar la demanda en razón de que, siendo el Fondo Nacional del Café el único accionista del Banco Cafetero esto lo convierte también en un bien parafiscal, y por lo mismo la propia Federación debe recaudar los recursos provenientes del impuesto al café y gastarlos directamente, dado que no se trata de bienes fiscales, los cuales son manejados por el Estado.
- El ciudadano Antonio José Narvárez Trujillo y la ciudadana Ariela Del Pilar Liñero Colmenares, designados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de Agricultura, solicitaron a la Corte declarar la exequibilidad de las normas acusadas, en razón de que, si bien es cierto, que los recursos de los fondos como en el caso del Cafetero no deben aparecer en el presupuesto nacional, no es menos verdadero que su aparición en el presupuesto no le quita el carácter de parafiscal, pero no implica ello que el ente encargado de ejercer la actividad recaudadora y que cumple con el ejercicio coactivo propio del Estado goce de la misma naturaleza. El Estado simplemente ejerce su soberanía fiscal, para hacer obligatorio el pago de la contribución y para garantizar la adecuada inversión del recurso recaudado. Es así, como los aportes en las sociedades pueden ser controlados e intervenidos.

13. PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL: No (X)

14. AUDIENCIA PÚBLICA: No (X).

15. OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES: Ninguna

16. TEMAS:

- Servicios Estatales – Atención/ Descentralización por Colaboración – Democracia participativa.
- Fondo Nacional del Café – Naturaleza de los recursos - Objetivos.
- Federación Nacional del Cafeteros – Naturaleza – Función Pública - Recursos.
- Recursos Parafiscales.
- Recursos Públicos – Destinación – Principio de legalidad.

17. NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO: Demanda de Inconstitucionalidad contra el literal b, ordinal 2, artículo 19 del Decreto-Ley 2420 de 1968; artículo 1 del Decreto-Ley 1748 de 1991; artículo 1 del Decreto-Ley 2055 de 1991; artículos 264 numerales 1 y 3, 265 numeral a 2, 266 numerales 1 y 2 del Decreto-Ley 663 de 1993.

18. DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD:

PRIMERO: Se declara inhibida para resolver sobre la constitucionalidad de las siguientes disposiciones: literal b, ordinal 2 del artículo 19 del Decreto-Ley 2420 de 1968, Artículo 1 del Decreto-Ley 1748 de 1991 y Artículo 1 Decreto-Ley 2055 de 1991.

SEGUNDO: Declara exequibles E (X) los artículos 264 numerales 1 Y 3, 265 numeral 2 y 266 numerales 1 Y 2 del Decreto-Ley 663 de 1993, con la advertencia de que el aporte o participación del Fondo Nacional del Café en el Banco Cafetero, así como sus rendimientos, o el eventual producto de su enajenación como recursos parafiscales se encuentran afectados a la finalidad de dicho fondo, relativa a la protección, defensa y fomento de la industria cafetera.

19. ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA: Notificar, comunicar, cumplir, insertar en la Gaceta de la Corte Constitucional y archivar el expediente.

20. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

B. TESIS DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

Los ingresos o contribuciones fiscales, por definición son ingresos públicos, de manera que al identificar la Carta la fuente de aquellos ingresos con los parafiscales, permite afirmar que estos también son ingresos o caudales públicos. Entonces se admite, que la Federación Nacional de Cafeteros administra, no obstante tener la condición de persona jurídica de derecho privado, unos recursos públicos que son los que integran el Fondo Nacional del Café. Y debe tenerse en cuenta así mismo, que dichos recursos se canalizan para sufragar los gastos e inversiones que demandan la ejecución de los programas que asumió la Federación como delegataria del Estado “para la defensa, protección y fomento de la industria cafetera colombiana, actividades estas que constituyen funciones públicas. Por lo anterior, el criterio de que los recursos del Fondo Nacional del Café no constituyen recursos públicos, sino recursos de la Federación de Cafeteros, en virtud de ser cuotas o contribuciones parafiscales es inadmisibles; puesto que la parafiscalidad es un fenómeno jurídico de alcance tributario y no un título o un modo de adquirir la propiedad.

C. DOCTRINA GENERAL:

La Carta Política dispone, que: “en tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales” (artículo 338), y que en el orden nacional, el Congreso asume y cumple la referida función tributaria mediante el mecanismo de la ley (artículo 150-12)

Rentas nacionales: corresponden a los ingresos con los cuales el Estado atiende los gastos que ocasiona la ejecución de los programas y proyectos adoptados en el plan de inversiones de entidades públicas del orden nacional. El plan de inversiones forma parte del Plan Nacional de Desarrollo y debe contener, como lo dispone el artículo 339 de la Constitución, los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución.

La clasificación de la renta se elabora atendiendo la regularidad del ingreso. Por esa razón se denominan ingresos corrientes a los recursos de que dispone o puede disponer regularmente el Estado para atender los gastos que demandan la ejecución de sus cometidos, y, a su vez, tales rentas se subclasifican como ingresos tributarios y no tributarios.

Ingresos de capital: aquéllas rentas que el Estado obtiene eventualmente cuando es necesario compensar faltantes para asumir gastos en la ejecución de programas y proyectos que se consideran inaplazables.

Los artículos 356 y 357 de la Carta autorizan la participación directa o a través del situado fiscal de los municipios, distritos y departamentos en los “ingresos corrientes de la nación”, y estos ingresos, según el artículo 358, “están constituidos por los ingresos tributarios y no tributarios con excepción de los recursos de capital”.

El concepto de “renta” involucra todos los ingresos públicos, y la noción de “contribución” incorpora tanto los impuestos como los recursos parafiscales (artículo 150-12 y 338).

Parafiscalidad: instrumento para la generación de ingresos públicos, caracterizado como una forma de gravamen que se maneja por fuera del presupuesto aunque en ocasiones se registre en él afecto a una destinación especial de carácter económico, gremial o de previsión social, en beneficio del propio grupo gravado, bajo la administración, según razones de conveniencia legal, de un organismo autónomo, oficial o privado.

Empresas industriales y comerciales del Estado: organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de tipo industrial o comercial conforme a las reglas de derecho privado, y que reúnen además las características siguientes: personería jurídica, autonomía administrativa, capital independiente “constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.

D. DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

No se presentó ninguna.

D. PRINCIPALES REGLAS DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O “SUB REGLAS”:

Las atribuciones asignadas por la ley a la Federación Nacional de Cafeteros son funciones públicas y, del mismo modo, los recursos del Fondo Nacional del Café son ingresos públicos, provenientes de contribuciones parafiscales, los bienes que integran el Fondo Nacional de Café no hacen parte del erario de la Nación, y ello explica porque no se incorpora al presupuesto nacional, pero no por esto deja de ser producto de la soberanía fiscal, de manera que sólo el Estado a través de los mecanismos constitucionalmente diseñados para tal fin (la ley, las ordenanzas y los acuerdos) puede imponer esta clase de

contribuciones como ocurre también con los impuestos. Por su origen, las contribuciones parafiscales son de la misma estirpe de los impuestos o contribuciones fiscales, y su diferencia reside entonces en el preconditionamiento de su destinación, en los beneficiarios potenciales y en la determinación de los sujetos gravados.

En razón de que los bienes que integran el Fondo Nacional del Café, no hacen parte del erario, es decir, del Tesoro de la Nación en ningún caso, mientras este vigente el contrato con la Federación podrá dársele destinación diferente a la prevista en las leyes que establecen las fuentes de financiación del referido Fondo, concluyendo de esta manera, que las contribuciones parafiscales son recursos públicos pero no ingresos corrientes de la Nación.

21. SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: no se presentó ninguna.

22. DOCTRINA ADICIONAL:

En relación con la figura de la parafiscalidad se cita la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se pronunció sobre la exequibilidad de la cuota de fomento panelero (ley 40/90): “En primer lugar el término “contribución parafiscal” hace relación a un gravamen especial, distinto a los impuestos y tasas. En segundo lugar, que dicho gravamen es fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo, gremio o colectividad, cuyos intereses o necesidades se satisfacen con los recursos recaudados. En tercer lugar, que se puede imponer a favor de entes públicos o privados que ejerzan actividades de interés general. En cuarto lugar, que los recursos parafiscales no entran a engrosar las arcas del presupuesto nacional, y por último, que los recursos recaudados pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos, como por personas de derecho privado...”

“Ahora bien, lo que hace el artículo 359 es excluir del presupuesto las rentas nacionales de destinación específica más no prohibir la creación de contribuciones parafiscales que por su naturaleza son de destinación específica o excluir de los presupuestos de las entidades territoriales distintas a la nación, dichas rentas. La prohibición que se estudia no prohíbe la existencia de contribuciones parafiscales, pues la propia Carta consagra esta clase de gravámenes y cuando la norma habla de “rentas nacionales”, se refiere fundamentalmente a las de naturaleza tributaria”.

La naturaleza de recurso público del Fondo Nacional del Café proveniente de contribuciones parafiscales fue reconocida con anticipación en la jurisprudencia de la Corte que resolvió sobre la constitucionalidad del artículo 5° de la ley 11 de 1972 que define a la Federación como “entidad de derecho privado”: “Si la Federación Nacional de Cafeteros no puede ser encasillada en ninguna de las categorías institucionales de entidades descentralizadas, es precisamente porque

no pertenece a ninguna de ellas. La clasificación de “sui generis” hecha en el fallo precitado, pues, se explica precisamente porque siendo privada ha sido señalada por la ley como sujeto de un contrato especial con el estado, por cuya virtud maneja unos dineros públicos destinados exclusivamente al fomento y protección de la industria del café, elemento básico de la economía nacional”.

23. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

De conformidad con la Corte, vale la pena enfatizar que la parafiscalidad no es un calificativo atribuible con exclusividad al sector privado o al sector público. La norma demandada no desconoce el hecho de que la entidad bancaria se creó con recursos parafiscales provenientes de contribuciones cafeteras aportadas por la federación con cargos a los recursos del Fondo Nacional del Café, por el contrario, los recursos públicos provenientes de contribuciones parafiscales con los cuales se creó el Fondo Nacional del Café, constituyen un patrimonio afectado por disposición del legislador al cumplimiento de unas finalidades específicas como lo son la protección, defensa y fomento de la industria cafetera; por consiguiente el aporte en el banco hecho con recursos de dicho fondo, se encuentran afectados a dichas finalidades y se reitera al sistema de administración y manejo contemplado en la ley.

Sin embargo, estimamos conveniente delimitar los siguientes conceptos: impuestos, tasas y contribuciones, para tener más claridad al respecto, puesto que pueden llegar a confundirse entre sí. Así mismo encuadrar el tema de las contribuciones parafiscales.

| DIFERENCIAS | IMPUESTOS | TASAS | CONTRIBUCIONES |
|-------------------|---|--|--|
| Definición | Clase de tributo* que se cobra al contribuyente sin consideración a un beneficio directo del Estado, con fundamento en la obligación de la persona de cooperar para la realización del bien común | Clase de tributo consistente en la prestación de un servicio individualizado del Estado al contribuyente | Clase de tributo. Ingreso público ordinario obligatorio, que el Estado percibe de un grupo de personas destinado a un fin específico, del cual se obtiene un beneficio colectivo y una ventaja particular para los contribuyentes. |

* Tributo: son prestaciones debidas por mandato legal, a un ente público, en virtud del poder de imperio del estado, son ingresos de derecho público para obtener medios con el fin de cubrir las necesidades públicas. Fuente constitucional. Artículo 338 que define sus elementos constitutivos como son: el Sujeto Activo: Estado; Sujeto Pasivo: quién lo paga; Base gravable: magnitud que puede darse en unidades de peso, medida, etc y la tarifa que da como resultado la cuantía de la obligación.

| | | | |
|-----------------------------|--|--|---|
| Elementos esenciales | <p>Es Indiscriminado su cobro a todo ciudadano.</p> <p>No hay beneficio directo del contribuyente.</p> <p>Una vez pagado al Estado, este dispone de el con criterios distintos a los del contribuyente, por tanto no deben tener destinación específica.</p> <p>Su pago es discrecional, se aplica a todos los tributos forzosos.</p> <p>Se tiene en cuenta la capacidad de pago del contribuyente*</p> <p>No se destina a un servicio público específico, sino a las arcas generales (presupuesto nacional)</p> | <p>tributo obligatorio, puede ser fiscal o parafiscal.</p> <p>Hecho generador. Percepción de un servicio individualizado a favor del contribuyente.</p> <p>Servicio inherente al Estado</p> <p>El costo es de acuerdo con el servicio prestado.</p> <p>Es diferente al impuesto porque permite dividir el servicio para identificar plenamente al destinatario</p> | <p>Son tributos. Puede ser fiscal o parafiscal.</p> <p>Percepción genérica de un beneficio para un grupo de personas.</p> <p>Se cobran a los servicios que ya tiene un valor económico</p> <p>Su producto debe estar destinado a una obra pública o a la prestación de un servicio público.</p> |
| Ejemplo | El llamado impuesto predial | <p>1.concesión documentos probatorios (certificados, autenticaciones, pasaportes);</p> <p>2.inspecciones obligatorias (sanidad e higienes, pesas y medida);</p> <p>3.otorgamiento de autorizaciones (pase para conducir);</p> <p>4.judiciales y administrativas (notificaciones)</p> | <p>Contribución fiscal: contribuciones por valorización.</p> <p>Contribución parafiscal: aportes al Fondo Nacional de Cafeteros.</p> |

La parafiscalidad es una fiscalidad paralela. Esto es, un manejo de la hacienda pública, generalmente por medio de entidades que funcionan separadamente de la administración pública central, pero en su mismo sentido, o excepcionalmente por dependencias de la administración pública. Puede referirse a tasas o a contribuciones como se estableció anteriormente.

En cuanto a las contribuciones parafiscales, tema central de la sentencia analizada, podemos decir, de conformidad con la doctrina de la Corte Constitucional recogida en el artículo 2 de la ley 225 de 1995, por medio de la cual se reformó la Ley Orgánica del Presupuesto 179 de 1994, que:

“Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social y económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable” (Diario oficial 42160 del 22 de diciembre de 1995)

Las contribuciones parafiscales son claramente diferentes de todos los tributos fiscales y de los demás ingresos públicos. Al respecto dijo la sentencia C-152 del 19 de marzo de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía:

“El artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (artículo 2 de la Ley Orgánica 255 de 1995), distingue inequívocamente dos clases de contribuciones parafiscales: las que se administran por particulares, generalmente en virtud de contratos celebrados por la Nación con Corporaciones o asociaciones gremiales (como sucedió en el caso en cuestión)*, a las cuales se refiere el inciso primero; y, las que se administran por los “órganos que formen parte del Presupuesto General de la Nación”, de las cuales trata el inciso segundo.

“Las unas y las otras originan recursos públicos del Estado. Pero las primeras no se incorporan en el presupuesto de la Nación, al paso que las segundas sí se incorporan, pero “solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales”.

“De todas maneras, un principio esencial de la parafiscalidad es este: jamás las rentas parafiscales pueden confundirse con las rentas fiscales, ni menos con los ingresos corrientes de la Nación. Principio que se aplica a las dos clases de rentas parafiscales contemplado en el artículo 29 citado”.

* Nota fuera del texto.

Anexo B. Ficha N. 2

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PÚBLICO
SUBÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL**

COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA

- 1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA:** D (x).
- 2. NÚMERO DE SENTENCIA:** C (166) 95
- 3. FECHA DE LA SENTENCIA:** 20-04-95
- 4. MAGISTRADO PONENTE:** Dr. Hernando Herrera Vergara
- 5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:**
 - Dr. Carlos Gaviria Díaz, Presidente
 - Dr. Antonio Barrera Carbonell
 - Dr. Jorge Arango Mejía
 - Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz
 - Dr. Jose Gregorio Hernández Galindo
 - Dr. Hernando Herrera Vergara
 - Dr. Alejandro Martínez Caballero
 - Dr. Fabio Morón Díaz
 - Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

- 6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO:** No hubo salvamento de voto
- 7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO:** No hubo aclaración de voto
- 8. VOTACIÓN:** 9-0
- 9. ACTOR O ACCIONANTE:** Sr. Jorge Hernán Gil Echeverry
- 10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE:** PN (x)
- 11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:** Sí (x), El Viceprocurador general de la nación solicitó a la Corporación declarar la exequibilidad de las normas acusadas, pues consideró que el actor, al formular el cargo consistente en la infracción del Art. 116 de la Carta, olvidó que de acuerdo con la constitución de 1991 se reconoce al lado de la separación y colaboración de las ramas del poder público, actuaciones administrativas en cabeza de los particulares, (descentralización por colaboración), desconociéndose la potencialidad que tienen los actos administrativos para solucionar conflictos, ya sea en una vía alterna o subsidiaria a la judicial, en procesos de desjudicialización como medida para fortalecer la justicia.
- 12. INTERVINIENTES:**
- El ciudadano Carlos Ortiz Rojas, actuando en representación del Ministerio de Justicia y del Derecho, solicita a la Corporación la constitucionalidad de la norma demandada, afirmando que la clasificación y calificación que el registro único de proponentes es efectuada por las mismas personas interesadas y que en consecuencia, no puede considerarse como un acto administrativo. Además la cancelación del registro no es una sanción, sino que es una simple depuración de los registros cuando no cumplen los requisitos exigidos por la ley.
 - El Ciudadano Edmundo del Castillo, en representación del Ministerio de Desarrollo Económico, defiende la constitucionalidad de la norma acusada; ya que la facultad de conocer impugnaciones, decretar pruebas y decidir controversias ante la propia administración no está supeditada únicamente a los jueces. La jurisdicción contenciosa, como tal, se constituye en un segundo momento de la controversia, cuando previamente se ha discutido ante la propia administración la expedición de un acto administrativo.
- 13. PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL:** Si (x) Se decreta un periodo probatorio de diez(10) días, destinado a allegar, los antecedentes legislativos de las disposiciones acusadas, y para tal efecto ordenó oficiar a los H. secretarios generales del H. Senado y de la H. Cámara de Representantes, así como a los secretarios de las H. Comisiones Primeras Constitucionales Permanentes de ambas cámaras legislativas.

14. AUDIENCIA PÚBLICA: No (x).

15. OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES: No se presentó ninguna

16. TEMAS:

- Función Pública.
- Descentralización por colaboración.
- Particulares en ejercicio de funciones administrativas.
- Cámaras de Comercio. Naturaleza/funciones.

17. NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO: Demanda de inconstitucionalidad contra la ley 80 de 1.993 “Estatuto General de la Administración pública”, artículo 22, numeral 5 y 6.

18. DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD: E (x)

19. ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA: Notificar, comunicar, cumplir, insertar en la Gaceta de la Corte Constitucional y archivar el expediente.

20. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

La atribución de funciones administrativas a las cámaras de comercio, como es la de llevar el registro de proponentes es una posibilidad reconocida y avalada constitucional y legalmente, que, en el caso de las personas jurídicas no implica mutación en la naturaleza de la entidad a la que se le atribuye la función, pues conserva inalterada su condición de sujeto privado sometido al régimen de derecho privado en lo atinente a la organización y desarrollo de las actividades anejas a su específica finalidad.

La competencia de las Cámaras de Comercio para adelantar la impugnación de la clasificación y calificación de los inscritos en el registro de proponentes por ser diferente del expediente de la revocatoria directa, (tramite administrativo para los actos administrativos en firme), no implica el ejercicio de una función jurisdiccional no susceptible de atención en sede administrativa; porque el Legislador, tratándose de procedimientos administrativos puede regular procedimientos especiales, como los mencionados tal como sucede con la ley 80 de 1993, que prevé además la posibilidad de interponer un recurso contra el acto, ejercitar la acción allí determinada y aplicar las normas de la primera parte del Código Contencioso Administrativo, a lo no previsto en la ley especial; luego la impugnación de la calificación y clasificación, es una

etapa previa que se surte ante la misma administración (Cámaras de Comercio).

B. DOCTRINA GENERAL.

Naturaleza de las Cámaras de Comercio: Art. 78 del Código de Comercio. Las Cámaras de Comercio son instituciones de orden legal (...) creadas por el Gobierno Nacional de oficio o a petición de los comerciantes del territorio donde hayan de operar, esto no significa que tales entes hayan sido integrados a la administración pública, sino más bien; se trata de instituciones que derivan su existencia de una autorización legal conferida por el gobierno para crearlas, aspecto que no desvirtúa esa naturaleza gremial y privada que se manifiesta, por ejemplo, en la calidad de comerciantes que tienen sus miembros, en la posibilidad de contar con representantes legales designados por ellas mismas, entre otras.

Art. 123 Constitución Política *“la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulara su ejercicio”.*

Art. 365 C.P. *posibilidad constitucional que tienen los particulares de prestar servicios públicos.*

Art. 210 C.P. *“los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”*

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública Ley 80 de 1993, encargó a las Cámaras de Comercio la función de llevar el registro de proponentes en el cual deben inscribirse todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles...” Art. 22.

C. DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

No se presentó ninguna definición creada por la Corte Constitucional.

D. PRINCIPALES REGLAS DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O SUBREGLA:

Siendo las Cámaras de Comercio entidades de naturaleza corporativa, gremial y privada, y que correspondiendo el registro de proponentes una función

pública de índole administrativa, el legislador al expedir el Estatuto General de la Administración Pública, con fundamento en la atribución expresa contenida en el inciso final del artículo 150 Superior, estaba facultado para regular, dentro del referido estatuto lo concerniente al registro de proponentes así como para asignar el ejercicio de esta función a particulares, acatando la previsión del artículo 210 de la Carta.

En el ejercicio de tal función las cámaras de comercio deben ceñirse a los postulados y reglas del derecho público, procurando observar las finalidades que el ordenamiento jurídico busca asegurar, y utilizando para ello los medios expresamente autorizados. Los actos jurídicos en los que se concreta la función asignada pertenecen a la categoría de los actos administrativos.

La impugnación de la clasificación y calificación, como procedimiento administrativo que es, puede ser objeto del recurso de reposición y de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en los términos del Código Contencioso Administrativo, de modo que el inscrito cuenta con medios para controvertir la decisión que resuelva el fondo de la impugnación ante la Cámara de Comercio, y para acudir ante la jurisdicción si persisten los motivos de desacuerdo con lo decidido. Así las cosas, es evidente que la revocatoria directa no es el único trámite administrativo encaminado a modificar o a cancelar el acto administrativo que resuelve la impugnación.

21. SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Se precisa que las personas jurídicas privadas aunque se hallan esencialmente orientadas a la consecución de fines igualmente privados, en la medida en que hayan sido investidas de la facultad de ejercer funciones administrativas, participan de la naturaleza administrativa, en cuanto toca con el ejercicio de esas funciones, en cuyo desempeño ocupan la posición de la autoridad estatal, gozando, por ende, de las prerrogativas del poder público y encontrándose en consecuencia, sometidas a la disciplina del derecho público; de modo que los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que, según el Art. 209 Superior, guían el desarrollo de la función administrativa, les son por completo aplicables.

22. DOCTRINA ADICIONAL:

“Las Cámaras de Comercio (...) no son entidades públicas, pues no se avienen con ninguna de las especies de esta naturaleza contempladas y reguladas en la constitución y la ley. Lo cierto es que ellas se integran por los comerciantes inscritos en su respectivo registro mercantil. La técnica autorizatoria y la participación que ella reserva a la autoridad pública habida consideración de las funciones que cumplen las Cámaras de Comercio, no permite concluir por sí solas su naturaleza pública. Excluida la función de llevar el registro mercantil, las

restantes funciones de las Cámaras, su organización y dirección, las fuentes de sus ingresos, la naturaleza de sus trabajadores, la existencia de estatutos que las gobiernan, (...), ponen de presente que solo a riesgo de desvirtuar tales elementos no se puede dudar sobre su naturaleza corporativa, gremial y privada.” (Sentencia C-144 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

23. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGUIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

En lo atinente a la naturaleza de las cámaras de comercio, la alta Corte reitera su postura y de manera racional aduce que no son entidades públicas sino particulares en ejercicio de funciones administrativas, posibilidad reconocida y avalada constitucional y legalmente, y, en el caso de la persona jurídica de las cámaras, no implica mutación de la naturaleza de la entidad a la que se le atribuye la función.

De esta manera, la función administrativa de llevar el registro de proponentes, las cámaras deben ceñirse a los postulados y reglas del derecho público procurando observar las finalidades que el ordenamiento jurídico busca asegurar y de acuerdo a esto, la inscripción en el registro de proponentes supone adelantar un procedimiento típicamente administrativo, al que por lo tanto le es aplicable el Código Contencioso Administrativo.

Anexo C. Ficha N. 3.

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PÚBLICO
SUBÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL**

COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA

1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA: D (X)

2. NÚMERO DE SENTENCIA: C (167) 95

3. FECHA DE LA SENTENCIA: 20-04-95

4. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Fabio Morón Díaz

5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:

- José Gregorio Hernández Galindo. Presidente
- Jorge Arango Mejía.
- Antonio Barrera Carbonell.
- Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Carlos Gaviria Díaz.
- Hernando Herrera Vergara.
- Alejandro Martínez Caballero.
- Fabio Morón Díaz.
- Vladimiro Naranjo Mesa.

- 6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO:** No hubo salvamento de voto
- 7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO:** No hubo aclaración de voto.
- 8. VOTACIÓN:** 9-0
- 9. ACTOR O ACCIONANTE:** Luz Amparo Serrano Quintero
- 10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE:** PN (X)
- 11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:** Sí (X). El Procurador General de la República solicitó a la Corte la declaración de exequibilidad de la norma demandada, en virtud de que el pago del registro mercantil (función reconocida como pública en el Art. 27 del Código de Comercio), es una tasa obligatoria, que tiene el carácter de tributo, puesto que es una prestación creada por la ley, susceptible de ser exigida coactivamente por el Estado. El hecho de que la recaudación surja de la ley, y no de la concertación entre el contribuyente y el organismo encargado de recolectarla, no deja duda de que se está ante un ingreso de carácter público fiscal, sometido al control de la Contraloría General de la República.

12. INTERVINIENTES:

- El apoderado de la Contraloría General de la República, Pablo Segundo Galindo Nieves, defendió la constitucionalidad del artículo demandado, en virtud del artículo 267 C.P. desarrollado por la ley 42 de 1993 artículo 2, que determina como sujetos del control fiscal a los ingresos de la Cámara de Comercio, en razón de las funciones públicas a ellas atribuidas.
- El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Manuel Douglas Ávila, justifica la constitucionalidad de la norma demandada, en razón de que los ingresos percibidos (o tasa) por la Cámara de Comercio para financiar el servicio público del registro mercantil no es un título adquisitivo de dominio para la persona jurídica de derecho privado; por tanto es constitucional que la Contraloría vigile dicha entidad, puesto que cuando se percibe la tasa por una persona privada esto no muta su esencia de ser pública.
- El ciudadano Jaime Vidal Perdomo, presentó escrito de coadyuvancia a la demanda presentada, en razón de que la naturaleza de las Cámaras de Comercio es corporativa, gremial y privada, que poseen ingresos provenientes de tarifas por el cumplimiento de una función o servicio cuya destinación es la recuperación de unos costos regulados por la ley y establecidos por esta función, a las Cámaras de Comercio; que no forman bienes ni fondos de la nación. De esta forma defiende la inconstitucionalidad de la norma demandada.

13. PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL: No (X)

14. AUDIENCIA PÚBLICA: No (X).

15. OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES: No se presentó ninguna.

16. TEMAS:

- Control Fiscal en la Constitución vigente.
- Contraloría General de la República - Función y control fiscal.
- Particulares en Ejercicio de Funciones Administrativas.
- Cámara de Comercio – Ingresos sujetos a control fiscal
- Servicios Públicos Prestados por Particulares – Descentralización por colaboración – Control fiscal.

17. NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO: Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 88 del Decreto 410 de 1971. Código de Comercio.

18. DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD: E (X)

19. ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA: Notificar, comunicar, cumplir, insertar en la Gaceta de la Corte Constitucional y archivar el expediente.

20. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

A. TESIS DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

Los ingresos de las Cámaras de Comercio, provenientes del registro público mercantil, que aquellas manejan, por virtud de la ley, son dineros fiscales; las Cámaras de Comercio manejan fondos, que corresponden a la actividad impositiva del Estado, que no pueden entenderse como recursos privados de estas instituciones. En consecuencia, el control fiscal previsto en el art. 88 del C.co (Decreto 410 de 1971), se aviene a los mandatos del Estatuto Superior, en el entendido de que dicho control se ejerce sobre las entidades de la administración pública y sobre los particulares que manejen fondos o bienes de la nación (como en el caso de las Cámaras de Comercio); sin embargo, dicho control, debe ser ejercido por la entidad fiscalizadora únicamente sobre los ingresos públicos provenientes del registro público de comercio.

B. DOCTRINA GENERAL:

Estructura del Estado y control fiscal: (art. 113 C.P) además de los órganos que integran las Ramas del Poder Público, existen otros órganos, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, entre los que se encuentran, además del Ministerio Público, la Contraloría General de la República (art. 117 C.P), a cuyo cargo está la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración.

El control de resultados comprende las funciones destinadas a asegurar que los recursos económicos se utilicen de manera adecuada, para garantizar los fines del Estado previstos en el art. 2 de la norma constitucional.

La función pública del control fiscal, fue atribuida a la Contraloría General de la República (art. 267 C.P), y, en los departamentos, distritos y municipios se adelanta por sus contralorías, y en el caso de que la ley no determine autonomía del orden municipal en el control fiscal, la vigilancia de los municipios incumbe a las contralorías departamentales (art. 272 C.P)

El control fiscal se ejerce de forma “posterior y selectiva”, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley, pudiendo está, incluso, autorizar en casos especiales, que la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas, escogidas por concurso público de méritos y contratadas previo concepto del Consejo de Estado (art. 267 C.P).

Sujetos de Control Fiscal: Ley 42 de 1993 “sobre organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que la ejercen” Art. 2°. Son sujetos de control fiscal los órganos que integran la Rama Legislativa y Judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los órganos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley, que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las sociedades industriales y comerciales del Estado, la organización o sociedad que maneja recursos del Estado en lo relacionado con estos, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado y el Banco de la República.

Las Cámaras de Comercio; no obstante su carácter privado, pueden ejercer la función pública de administrar el registro mercantil (art. 27 C.co), en virtud de la autorización constitucional establecida en los artículos 123 y 165 C.P.

C. DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

No hubo definiciones dogmáticas creadas por la Corte Constitucional.

D. PRINCIPALES REGLAS DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O “SUB REGLAS”

Las actuaciones que las Cámaras de Comercio desarrollan en cumplimiento de la función pública del registro mercantil, es una función pública a cargo del Estado, pero prestada por los particulares por habilitación legal (art. 86 inc. 3° del Código de Comercio), igualmente, los ingresos que genera el registro mercantil, proveniente de la inscripción del comerciante y del establecimiento de comercio, así como de los actos, documentos, libros respecto de los cuales la ley exigiere tal formalidad, son ingresos públicos (tasa), administrados por estas entidades privadas, gremiales y corporativas, sujetas a control fiscal por parte de la Contraloría General de la República.

El registro mercantil implica la prestación de un servicio público, su financiamiento debe asegurarse mediante un ingreso percibido por la Cámara de Comercio en forma de tasa, cuyo destino no es el acrecentamiento del patrimonio de la entidad, sino asegurar la adecuada prestación de este servicio público, vale decir para la recuperación del costo total o parcial del servicio, que es consustancial a la naturaleza de este ingreso público. De conformidad con la sentencia C-465 de 1993 la tasa es un ingreso tributario; por lo cual no puede considerarse en este caso específico como un ingreso privado de las Cámaras de Comercio.

Así las cosas, la tasa creada por la ley 6ª de 1992 no es un recurso privado de las Cámaras de Comercio; sino que se constituye en un recurso público, toda vez que surge de la soberanía fiscal del Estado, no de la voluntad individual entre los particulares comerciantes, pues únicamente posee la función de financiar la función pública del registro mercantil; no es un título adquisitivo de dominio para la persona jurídica de derecho privado, que la presta, ya que el ejercicio de las funciones públicas atribuidas a las personas jurídicas se hallan sujetas a las reglas propias de la función administrativa ejercida, pues, en virtud de la habilitación ocupan el lugar de la autoridad estatal con sus deberes y prerrogativas, en consecuencia, los recursos económicos, provenientes del ejercicio de tales funciones, como el registro público mercantil se traducen en la generación y conformación de fondos públicos.

Se entiende entonces, que las llamadas tasas habida consideración de su obligatoriedad, del carácter de fondos públicos generado por su pago y de su origen legal, tienen la naturaleza de verdaderas medidas impositivas de carácter económico. Es decir las Cámaras de Comercio manejan fondos, que son el producto de la actividad impositiva del Estado, que no pueden tenerse como consecuencia de un acto voluntario de los particulares. Por consiguiente el control fiscal de la Contraloría General de la República que versa sobre los

fondos públicos percibidos por las cámaras de Comercio, se aviene a los mandatos de la constitución Política en los artículos 267 y 268.

21. SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: no se presentó ninguna.

22. DOCTRINA ADICIONAL:

Fundamento del control fiscal: “El principio superior sobre el cual se basa toda teoría de control de la función pública, es la soberanía nacional, es decir, el poder que posee la nación, por conducto de sus representantes, no solamente al fijar los ingresos y los gastos según las necesidades generales, sino de asegurarse al mismo tiempo que los fondos han quedado realmente afectados a los fines para los cuales fueron creados y destinados” (Alfonso Palacio Rudas. Citado por Jacobo Pérez Escobar. Derecho Constitucional Colombiano. Ediciones Librería del Profesional. 1987).

Naturaleza y fines de la Contraloría General de la República. Sentencias C-529 y C-574 de 1993:

“La función de control fiscal guarda íntima simetría con la tributaria y presupuestal constitucionalmente atribuida, en acatamiento al principio democrático al Congreso. De ahí que la vigilancia fiscal se afianza en el estado de derecho a la par con el Congreso... en este orden de ideas el control fiscal externo de la administración ejercido por el Congreso o por un aparato público apropiado designado por esta (art. 277) refuerza el papel actual de ese órgano en las tareas indicadas, toda vez que el control de legalidad se orienta a garantizar que las finalidades y autorizaciones emanadas del mismo, a las que debe supeditarse el recaudo y utilización de los recursos arbitrados, efectivamente se observen en el curso de los procesos y operaciones jurídicas materiales posteriores”. (Sentencia 529 de Noviembre 11 de 1993, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, pág. 20).

Dimensión del control fiscal la citada sentencia, precisó, que: “Independientemente de la decisión que se adopte por parte de la Contraloría, cabe desde ahora admitir aquel tipo de control... Ciertamente, con prescindencia de su naturaleza pública o privada, de sus funciones o de su régimen ordinario o especial, los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación quedan sujetos al control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República, desde luego circunscritos a la gestión fiscal realizada (C.P. art. 267 y ley 42 de 1993 art. 2°)

(...) De conformidad con la idea generalmente aceptada de que el fisco o erario público está integrado por los bienes o fondos públicos cualquiera sea su origen, el concepto de control fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes en sus diferentes etapas de recaudo o prescripción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición.

Consiguientemente, la vigilancia de la gestión fiscal se endereza a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales a las que se traduce la gestión fiscal, se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contralor General, recursos públicos y finalmente los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen en un periodo determinado las metas y proyectos de la administración. (ley 42 de 1993 art. 8,9,10,11,12 y 13)”.

De acuerdo a esta jurisprudencia, la naturaleza jurídica de las Cámaras de Comercio, como entidades privadas, determinará únicamente la clase de sistema de control aplicable, sea éste el financiero, el de legalidad, el de gestión y el de resultados, fundamentados en la eficiencia, la economía y la eficacia de la gestión o servicios desarrollados, pero no para excluir el control o vigilancia de la Contraloría General de la República sobre las Cámaras de Comercio en cuanto a los ingresos provenientes del registro mercantil.

La sentencia C-144 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Establece que la función ejercida por la Cámara de Comercio de llevar el registro mercantil es una función pública derivada del origen legal del registro, la obligatoriedad de inscribir en él ciertos actos y documentos, el valor vinculante de las certificaciones que se expiden, la regulación legal y no convencional relativa a su organización y a las actuaciones derivadas del mismo.

Así mismo se determina que pese a que las Cámaras de Comercio ejercen dicha función pública, no pierden su naturaleza corporativa gremial y privada, puesto que excluida la función de llevar el registro mercantil las demás funciones ejercidas por la Cámara de Comercio son de carácter privado, como la naturaleza de sus trabajadores o la existencia de estatutos que las gobiernan entre otros.

Finalmente, el ejercicio de una función pública por un particular, no impide que el legislador sujete dicha actividad o servicio a un sistema tributario de tasa, máxime si éste resulta ser el único adecuado e idóneo para ese propósito. La función de llevar el registro mercantil, así las cosas, se lleva a cabo bajo la estricta vigilancia y control del gobierno, que de esta manera participa en la prestación de los servicios inherentes al mismo.

23.DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

De conformidad con la Corte, es indudable que a pesar de la naturaleza privada que ostentan las Cámaras de Comercio integradas por los comerciantes inscritos en su respectivo registro mercantil, pueden ejercer por virtud constitucional y legal

funciones públicas (art. 123 y 165 C.P), tales como la de llevar el registro mercantil. Dicha función tiene la naturaleza de ser pública según el art. 27 del Código de Comercio.

Bajo esta perspectiva el artículo demandado no vulnera la Constitución Política, puesto que la Contraloría General de la República tiene, entre otros, como sujetos de control a los particulares que manejen o administren bienes o fondos de la nación, tal como sucede en el caso de las Cámaras de Comercio. De esta forma es viable que la Contraloría vigile la gestión fiscal sobre los ingresos, el recaudo, manejo e inversión provenientes del registro mercantil.

Finalmente reiteramos, que los ingresos (tasa) percibidos por las Cámaras de Comercio en razón de la función de llevar el registro mercantil tienen la característica de ingreso público, ya que es una obligación pecuniaria decretada por el poder público a cargo de quien necesita utilizar el servicio público específico, en provecho de las Cámaras de Comercio, para financiar gastos de dichas entidades, es decir, son una serie de recursos con una destinación particular.

Así las cosas, si la Carta acepta ingresos públicos como las tasas y las contribuciones parafiscales, que por su naturaleza cuentan con una destinación y prohíbe solamente las rentas o ingresos nacionales de destinación específica, se concluye, tal como lo hizo la Corte Constitucional, que la tasa percibida por las Cámaras de Comercio en razón de la función pública de llevar el registro mercantil, es un ingreso público, que por lo mismo está sujeto al correspondiente control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República, previsto por el art. 88 del Código de Comercio.

Sin embargo, la Corte debió esclarecer de forma más concreta el concepto de tasa y diferenciar dicho concepto con el de contribuciones e impuestos nacionales; puesto que tales tributos tienden a ser confundidos; más no limitarse a mencionar la sentencia C-465 de 1993. Para finalmente concluir que en el caso específico del registro mercantil ese ingreso no puede considerarse como un ingreso privado de las Cámaras de Comercio

Anexo D. Ficha N. 4

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PÚBLICO
SUBÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL**

COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA

1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA: RE (x).

2. NÚMERO DE SENTENCIA: C (631) 96

3. FECHA DE LA SENTENCIA: 21- 11- 1.996

4. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Antonio Barrera Carbonell

5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:

- Carlos Gaviria Díaz, Presidente.
- Jorge Arango Mejía,
- Antonio Barrera Carbonell.
- Eduardo Cifuentes Muñoz.
- José Gregorio Hernández Galindo.
- Hernando Herrera Vergara.
- Alejandro Martínez Caballero.
- Fabio Morón Díaz.
- Vladimiro Naranjo Mesa.

6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO: Ningún magistrado

7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO: Ningún magistrado

8. VOTACIÓN: 9-0

9. ACTOR O ACCIONANTE: José Eurípides Parra Parra.

10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE: PN (x)

11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Sí (x), El Procurador General de la Nación solicitó a la Corte declarar exequible el aparte normativo acusado, pues este no establece una sanción autónoma o principal para cuya imposición se requiera el adelantamiento de un proceso especial, ni que de ella se pueda concluir que el legislador haya descartado el proceso disciplinario o penal para imponerla.

12. INTERVINIENTES:

- La ciudadana Ana Victoria Críales Martínez en su calidad de Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública, solicitó a la Corte declarar exequible la norma acusada, porque tanto en materia penal como disciplinaria la sanción de inhabilidad para ejercer funciones públicas no se constituye de manera alguna como una pena adicional, sino como una sanción accesoria a la principal y lo que hace la ley 190 de 1995 es establecer la vigencia de esa inhabilidad como pena o sanción accesoria dentro de cada uno de los respectivos procesos.

13. PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL: No (x)

14. AUDIENCIA PÚBLICA: No (x)

15. OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES: No se presentó ninguna

16. TEMAS:

- Función Pública – Fin.
- Inhabilidades para acceder a Cargos Públicos.
- Responsabilidad Disciplinaria de persona que celebre un contrato con la administración sin el lleno de los requisitos exigidos.
- Responsabilidad Penal por ocultación de información o aporte de documentos falsos para sustentar la información suministrada.

17. NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO: Demanda de inconstitucionalidad contra la ley 190 de 1.995, artículo 5, inciso 2.

18. DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD: E (x)

19. ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA: Notificar, comunicar, cumplir, insertar en la Gaceta de la Corte Constitucional y archivar el expediente.

20. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

La inhabilidad para ejercer funciones públicas por tres años, debido al ocultamiento de información o aporte de documentación falsa para sustentar la información suministrada en la hoja de vida, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria, no viola el debido proceso, ni deja que la autoridad administrativa desempeñe el papel de Juez Penal para juzgar la falsedad del documento, porque lo que se busca es que quienes como servidores públicos accedan a dicha función reúnan ciertas calidades y condiciones que sean acordes con los supremos intereses que en beneficio de la comunidad se gestionan a través de tal función. Es por ello que la Constitución y la ley regulan las inhabilidades que comportan las carencias de dichas calidades e impiden a ciertas personas acceder a la función pública. Así las cosas mediante una interpretación sistemática y de conjunto, se debe considerar que dicha inhabilidad, es una sanción accesoria.

B. DOCTRINA GENERAL:

La *Función Pública*, de acuerdo con el Art. 209 de la Carta Política, se dirige a satisfacer los intereses generales de la comunidad en sus diferentes ordenes y por consiguiente se exige de ella que se desarrolle bajo unos principios mínimos que garanticen la igualdad, moralidad, la eficacia, la celeridad, la economía, la imparcialidad y la publicidad, que permitan asegurar su correcto y eficiente funcionamiento y generar la legitimidad y buena imagen de sus actividades frente a la comunidad.

Algunas inhabilidades surgen de las circunstancias de haber sido condenado por sentencia judicial, suspensión del ejercicio de la ciudadanía o a la privación temporal o a la pérdida absoluta de los derechos políticos, o a la pena privativa de la libertad, según los artículos 98, 175-2, 179 y 183.

La ley 200 de 1995, establece *para los infractores de las normas disciplinarias*, sanciones principales (amonestación escrita, multa, suspensión de funciones, terminación del contrato de trabajo, remoción, desvinculación del cargo, según el Art. 278 de la Constitución Política,

perdida de la investidura, para miembros de las Corporaciones Públicas, etc., Art. 29), y sanciones accesorias, previstas en el Art. 30.

Inhabilidad para ejercer funciones públicas: ley 190 de 1995 Art. 5, establece que quien tenga empleo público o este vinculado mediante contrato de prestación de servicios y haya ocultado o aportado documentación falsa para sustentar la información suministrada en la Hoja de Vida, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria, será inhabilitado para ejercer funciones públicas por tres años.

Además, la ley 190 de 1995. Parágrafo establece: “que en aquellos casos en que la conducta haya originado sanción penal la inhabilidad procede siempre y cuando no hubiere sido impuesta en el respectivo proceso, igualmente como consecuencia de faltas graves o gravísimas”.

C. DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

No hubo ninguna definición dogmática creada por la Corte.

D. PRINCIPALES REGLAS DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O “SUB REGLAS”

Ciertas inhabilidades solo pueden surgir como consecuencia de condenas impuestas a través de sentencias judiciales, o bien de decisiones adoptadas en procesos disciplinarios, en virtud de los cuales se deduce la responsabilidad por un hecho ilícito o por la comisión de una falta disciplinaria.

Por tanto para declarar o determinar la responsabilidad penal o disciplinaria, es necesario que se observe el debido proceso dentro de la correspondiente actuación procesal de carácter penal o disciplinario.

La actuación consistente en la inhabilidad mencionada: (ley 190 de 1995 Art. 5. establecida en el aparte de la doctrina general) constituye una pena accesoria que es consecuencia de la responsabilidad deducida dentro del correspondiente proceso penal o disciplinario y comporta naturalmente la imposición de una pena principal.

Juzgada la conducta penal y disciplinaria, establecida la correspondiente responsabilidad, se ha asegurado dentro de la respectiva actuación procesal, el debido proceso, que cubija tanto la imposición de la pena principal como la accesoria.

21. SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

No se presentó ninguna.

22. DOCTRINA ADICIONAL:

No se hubo ninguna doctrina adicional relevante al caso en estudio.

23. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

La norma demandada (ley 190 de 1.995, artículo 5, inciso 2), debe entenderse mediante una interpretación sistemática, pues así se ajusta a derecho la posición acogida por la alta corporación, en defensa de la norma, por estar acorde a la carta magna, pues la inhabilitación que esta tipifica, tiene operancia sin independencia del proceso penal o disciplinario, pues la vía correcta a seguir, es establecer primero la responsabilidad penal o disciplinaria imponiendo una pena principal, debido a que el acceso a la función pública tiene carácter fundamental y su restricción solo es posible por medio de una sanción de tipo penal o disciplinario.

Así las cosas, si el imputado resulta incurso en una de las responsabilidades nombradas anteriormente, debe ser sancionado. De esta manera se realiza la interpretación de la norma, en pro del debido proceso, respetando y aplicando los principios de la función pública consagrados constitucionalmente, para que de esta manera, el acceso a la administración pública cumpla a cabalidad los fines propuestos y asegure la prestación eficiente de sus servicios a los habitantes del territorio nacional.

Anexo E. Ficha N. 5.

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PÚBLICO
SUBÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL**

COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA

1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA: D (X)

2. NÚMERO DE SENTENCIA: C (286) 96

3. FECHA DE LA SENTENCIA: 27-06-96

4. MAGISTRADO PONENTE: Dr. José Gregorio Hernández Galindo

5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:

- Carlos Gaviria Díaz. Presidente.
- Jorge Arango Mejía.
- Antonio Barrera Carbonell.
- Hernando Herrera Vergara.
- José Gregorio Hernández Galindo.
- Alejandro Martínez Caballero.
- Julio Cesar Ortiz Gutiérrez. Actúa en reemplazo del magistrado Fabio Morón Díaz, quien estaba en incapacidad debidamente certificada por la Caja Nacional de Previsión. Constancia hecha por la Secretaria General de la Corte Constitucional, la Dr. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

- Eduardo Cifuentes Muñoz, no asistió a la sesión de la sala plena por encontrarse en comisión oficial en el exterior. Constancia hecha por la Secretaria General de la Corte Constitucional, la Dr. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.
- Vladimiro Naranjo Mesa, no asistió a la sesión de la sala plena por encontrarse en comisión oficial en el exterior. Constancia hecha por la Secretaria General de la Corte Constitucional, la Dr. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO: No hubo salvamento de voto.

7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO: No hubo aclaración de voto.

8. VOTACIÓN: 7- 0

9. ACTOR O ACCIONANTE: Alba Nelly Obando Reyes y Darío Correa Uribe.

10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE: PN (X)

11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Sí (X), solicitó a la Corte la exequibilidad de la norma acusada.

12. INTERVINIENTES: No hubo intervinientes.

13. PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL: No (X)

14. AUDIENCIA PÚBLICA: No (X).

15. OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES: El procurador General de la Nación, mediante oficio N° DP-394 del 4 de Diciembre de 1995, manifestó estar impedido para conceptuar en el asunto de la referencia por cuanto presentó el proyecto de ley que se convirtió en la ley 200 de 1995. Estudiada la solicitud, la Sala Plena de la Corte, mediante auto del 7 de Diciembre, aceptó el impedimento y ordenó dar traslado de la demanda al Viceprocurador General de la Nación, para que rindiera concepto; quien solicitó a la Corte declarar exequible la norma acusada.

16. TEMAS:

- Código Disciplinario Único- Destinatarios.
- Funciones Públicas por Particulares – Ejercicio permanente/ Régimen Disciplinario- Aplicación.

17. NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO: Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 20 - parcial- de la ley 200 de 1995.

18. DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD: E (X)

19. ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA: Notificar, comunicar, cumplir, insertar en la Gaceta de la Corte Constitucional y archivar el expediente.

20. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

La ley por la cual se adoptó el código disciplinario único (ley 200/95) al incluir entre quienes son sus destinatarios a los particulares que ejercen funciones públicas de forma permanente, no está introduciendo una nueva clase de servidor público no contenida en el Art. 123 C.P, ni creando casos de actuación pública permanente; porque, aunque la regla general, deducida del artículo 123 de la Constitución, es la de atribuciones apenas transitorias según lo que disponga el legislador, existen varias disposiciones constitucionales que hacen posible el ejercicio permanente de funciones públicas por particulares tales son los casos de los notarios (Art. 131 C.P.), de las autoridades indígenas en ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (Art. 246 C.P) y de la prestación de servicios públicos (Art. 365 C.P), entre otros, por tanto, no puede afirmarse que la temporalidad deducida del Art. 123 de la Constitución sea regla absoluta y rígida que impida en cualquier caso el ejercicio de funciones públicas permanentes por personas privadas.

B. DOCTRINA GENERAL:

Todo servidor público, por el hecho de serlo, queda sometido automáticamente a un régimen disciplinario, según los términos previstos por la Constitución y por la ley, el fundamento de su aplicación es subjetivo, pues tiene lugar con motivo y a partir de la investidura correspondiente radicada en el sujeto, en cuanto es titular genérico de las funciones públicas que su cargo implica, con total independencia de si las ha ejercido o no.

A la inversa, el particular, quien precisamente no se encuentra en la condición del servidor público, toda vez que no ha establecido un vínculo de dependencia o subordinación frente al Estado en cualquiera de los cargos, organismos, entidades o corporaciones que hacen parte de su estructura, ni percibe de él asignación o salario, está en principio exento del régimen disciplinario estatal y su responsabilidad ante las autoridades únicamente puede surgir de las transgresiones en que incurra en relación con los preceptos constitucionales y legales, tal como lo pregonan el artículo 6º de la Carta Política.

Son servidores públicos, de acuerdo con el artículo 123 de la Constitución, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

De acuerdo con el artículo 123, inciso 2º, de la Constitución, los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La regla general, deducida del artículo 123 de la Constitución, es que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas.

C. DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

No hubo ninguna definición dogmática creada por la Corte en la sentencia estudiada.

D. PRINCIPALES REGLAS DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O “SUB REGLAS”

Sin desconocer la libertad de las personas en su iniciativa y en sus actividades económicas y laborales, la Constitución ha previsto formas de vinculación de los particulares a la gestión de intereses y asuntos públicos sin que en virtud de ella pierdan su condición privada.

Así lo contemplan, entre otras normas, los artículos 2, 116, 123, 131, 221 (1º del Acto Legislativo No. 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318, 340 (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-015 del 23 de enero de 1996) y 365 de la Constitución, que autorizan el ejercicio de funciones públicas por personas particulares, en ciertas situaciones y previos determinados requisitos que la propia Carta o las leyes establecen, o que les permiten participar en actividades de gestión de esa misma índole.

En los señalados eventos, el fundamento de la responsabilidad del particular es material y la aplicación del régimen disciplinario objetiva, ya que ni una ni otra atienden al estado o condición de quien actúa sino a la función pública que le ha sido encomendada y al interés, también público, que a ella es inherente.

Cambia así sustancialmente la lectura del artículo 6º de la Constitución Política, que ya no admite una interpretación literal sino sistemática: a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de esta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo.

21. SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

La Corte precisa que el ejercicio de funciones públicas por particulares, no incluye, para los fines de la Ley Disciplinaria, las relaciones contractuales entre el Estado y personas privadas, pues éstas son independientes en cuanto no las liga al ente público lazo alguno de subordinación. Se reitera, por ello lo afirmado en la Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996 (M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero).

“Por otra parte, la Corte debe advertir que la norma objeto del proceso fija apenas el ámbito de aplicación de la normatividad disciplinaria e incluye allí a los particulares que ejerzan funciones públicas, lo cual no implica que el mismo precepto se haya ocupado en la definición íntegra del régimen disciplinario que el Estado puede aplicar a tales personas.

Con arreglo al principio de legalidad, que surge claramente para los particulares del artículo 6º de la Constitución, y según el postulado del debido proceso, cuya vigencia estricta en los procesos disciplinarios ha proclamado la doctrina constitucional, la incorporación de los particulares que ejercen funciones públicas como sujetos posibles del poder disciplinario no representa ni podría representar, so pena de flagrante oposición a los mandatos superiores, una norma abierta que de modo automático exponga a quien se halla en tal hipótesis al escrutinio arbitrario de su actividad por parte de los organismos que ejercen el poder disciplinario y a la expectativa de posibles procesos y sanciones ajenos a reglas legales predeterminadas o al derecho de defensa”.

Por tanto, corresponde, al legislador establecer el régimen disciplinario de los particulares que ejercen funciones públicas de forma permanente, consagrar las faltas que pueden imputarse a dichas personas, estatuir las reglas procesales aplicables y las pertinentes sanciones, sin que pueda entenderse que se les traslada en bloque el régimen consagrado para los servidores públicos.

22. DOCTRINA ADICIONAL:

Reitera la Corte los criterios expuestos en Sentencia C-417 del 4 de octubre de 1993 en torno a los fundamentos constitucionales del régimen disciplinario previsto para los servidores del Estado:

“El derecho disciplinario está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan. Ello hace parte de las condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial, que resultan imprescindibles para la eficiente

atención de los asuntos a cargo del Estado, motivo por el cual su mantenimiento, merced a un ordenamiento jurídico especial de reglas y sanciones, no solamente constituye derecho sino que es ante todo deber del Estado.

El derecho disciplinario es, pues, consustancial a la organización política y tiene lugar preferente dentro del conjunto de las instituciones jurídicas.

El derecho disciplinario es uno solo, su naturaleza es la misma, bien que se aplique al personal que se encuentra al servicio de las cámaras legislativas o de las corporaciones administrativas, ya sea que se haga valer frente a los servidores públicos que pertenecen a la Rama Ejecutiva en cualquiera de sus niveles, o respecto de los funcionarios o empleados de la Rama Judicial y se ejerce también por servidores públicos que pueden pertenecer a cualquiera de las ramas u órganos, según lo que determine la Constitución o la ley, en diversas formas e instancias, tanto interna como externamente".

23. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

En lo expuesto por la corporación en la presente jurisprudencia, consideramos que es acertado decir que el criterio subjetivo utilizado para determinar cuándo un particular puede ser destinatario de la responsabilidad disciplinaria no es adecuado; puesto que, en este sentido, podría realizar todos aquellos actos que no estén prohibidos por la Constitución y la legislación nacional; lo cual demerita el carácter de la función pública que ejecuta el particular; por tal motivo, la jurisprudencia ha evolucionado al adoptar un criterio material en el cual ya no se atiende a la calidad del particular sino, a la función propia del Estado, respondiendo de esta forma por sus actos y omisiones.

Por otra parte, es acertado que la Corte haya considerado que entre el contratista de prestación de servicios y la administración no existe una relación de subordinación y por tal motivo no es destinatario de la ley disciplinaria.

Sin embargo se debe entender, que cuando el contratista efectivamente realice una función pública sí es destinatario de la legislación disciplinaria, en lo referente a la función pública atribuida.

Anexo F. Ficha N.6.

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PÚBLICO
SUBÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL
COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA**

1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA: D (X)

2. NÚMERO DE SENTENCIA: C (091) 97

3. FECHA DE LA SENTENCIA: 26-02-97

4. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Jorge Arango Mejía.

5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:

- Carlos Gaviria Díaz, Presidente.
- Jorge Arango Mejía.
- Antonio Barrera Carbonell.
- Eduardo Cifuentes Muñoz.
- José Gregorio Hernández Galindo.
- Hernando Herrera Vergara.
- Alejandro Martínez Caballero.
- Fabio Morón Díaz.
- Vladimiro Naranjo Mesa.

6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO: No hubo salvamento de voto.

7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO: No hubo aclaración de voto.

8. VOTACIÓN: 9-0

9. ACTOR O ACCIONANTE: Álvaro Tafur Galvis.

10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE: PN (X)

11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Sí (X) Dr. Luis Eduardo Montoya Medina, pidió declarar la exequibilidad de la norma parcialmente acusada, pues la actividad de liquidación y recaudo de impuestos es una actividad administrativa, que al igual que cualquier otra función pública, puede ser atribuida por el legislador a los particulares, bajo criterios de razonabilidad.

12. INTERVINIENTES:

- La ciudadana María Olga Montejo Fernández, designada por el Ministerio de Hacienda, para defender la constitucionalidad de la norma parcialmente acusada, manifestó que los derechos al libre desarrollo de la personalidad y al reconocimiento de la personalidad jurídica, solo son derechos fundamentales exclusivos de las personas naturales. Además la función de liquidar y recaudar impuestos es una función complementaria a las que normalmente tienen las Cámaras de Comercio.

13. PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL: No (X)

14. AUDIENCIA PÚBLICA: No (X).

15. OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES: No se presentó ninguna.

16. TEMAS:

- Función Administrativa por Particulares – Cumplimiento.
- Función Pública por Particulares – Asignación legal sin previo consentimiento.
- Función Pública por Particulares – No retribución.
- Función Pública por Cámara de Comercio – Liquidación y recaudo del impuesto.

17. NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO: Demanda de Inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 233 (parcial – Las Cámaras de Comercio) de la ley 223 de 1995 “Por la cual se expiden normas sobre racionalización Tributaria y se dictan otras disposiciones”.

18. DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD: E (X)

19. ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA: Solo se declara la exequibilidad de la norma.

20. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

- Al atribuirse (artículo 233 de la ley 223 de 1995) a las cámaras de comercio la función de liquidar y recaudar el impuesto de registro, no se vulnera el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, ni al libre desarrollo de su personalidad, ni implica un detrimento de sus finalidades y funciones propias; porque, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 14 C.P.), pertenece exclusivamente a las personas naturales. Mal podría, en consecuencia, aceptarse que la atribución de una función pública a las cámaras de comercio, vulnerara un derecho que éstas no tienen.
- Por otra parte, la atribución de una función pública conexas con las actividades que cumple, en nada entorpece ni obstaculiza la realización de tales fines. Es razonable que la entidad encargada del registro mercantil, recaude el impuesto que lo grava, y lo entregue a la entidad pública que es su destinataria según la ley. Está es una gestión marginal, complementaria del registro, que, por motivos de eficiencia administrativa, se ha confiado a las mismas cámaras.
- La norma acusada tampoco viola el derecho de libre asociación (Art. 38 C.P); porque los comerciantes ejercen su derecho de asociación, no en cuanto son integrantes de la cámara, pues esta es la consecuencia forzosa de su inscripción obligatoria en el registro mercantil, sino, principalmente, como afiliados a la misma, afiliación que sí depende del libre ejercicio de su derecho de asociación (artículo 92 Código de Comercio). El ejercicio de ese derecho de asociación está sujeto a la observancia de la ley, y en nada se entorpece o dificulta porque la cámara cumpla las funciones que la ley le ha atribuido, en particular la de recaudar el impuesto mencionado.
- Igualmente, no se quebrantan los artículos 123 y 210, porque la ley sí señala las condiciones en que las cámaras deben cumplir las funciones administrativas que les asigna. Al afirmar que "la ley 223 del 1995 señala los deberes que corresponden a las cámaras de comercio como responsables de la liquidación, recaudo y giro del impuesto de registro que

ella establece y regula". La regulación de esta función administrativa está contenida no solamente en tales normas sino en las demás que reglamentan el manejo de fondos o bienes públicos, en cuanto sean aplicables.

B. DOCTRINA GENERAL:

Las *cámaras de comercio*, conforme con el artículo 78 del Código de Comercio, son "instituciones de orden legal con personería jurídica, creadas por el Gobierno Nacional, de oficio o a petición de los comerciantes del territorio donde hayan de operar". Las funciones de las cámaras no dependen de la voluntad de los comerciantes inscritos en su respectivo registro mercantil (artículo 79 Código de Comercio), ni de la de aquellos que pidieron su creación. No, estas funciones están señaladas por la ley. Así, el artículo 86 del C.co. después de enumerar once (11) funciones, concluye: "12. Las demás que les atribuyan las leyes y el Gobierno Nacional".

C. DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

No hubo ninguna definición dogmática creada por la Corte en la Sentencia.

D. PRINCIPALES REGLAS DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O "SUB REGLAS":

Cuando en la norma constitucional se lee "persona", hay que entender "persona natural", "individuo de la especie humana". El artículo 14 repite, con una redacción imprecisa, el principio consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos: artículo 6°. Todo ser humano tienen derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica". Personalidad jurídica que, en el fondo, se confunde con la capacidad de goce de derechos, uno de los atributos de la personalidad.

La frase con que termina el inciso primero del artículo 210 de la Constitución, autoriza el cumplimiento de funciones administrativas por los particulares: "Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley". Como la Constitución no distingue, hay que entender que "los particulares" pueden ser personas naturales o personas jurídicas.

Es ostensible que si el legislador ha señalado, en el art. 86 del Código de Comercio, las funciones de las cámaras, bien puede, por medio de una ley, atribuirles otras. Con mayor razón si, se trata de una función conexas, como la de recaudar el impuesto de registro y entregarlo a la entidad pública a que esta destinado.

A las Cámaras de Comercio la ley les atribuye funciones públicas, entre ellas las de llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos, recopilar las costumbres mercantiles y certificar sobre la existencia de las mismas, y servir de tribunales de arbitramento. Al atribuirles tales funciones, la misma ley regula su ejercicio. Para asignar funciones públicas a los particulares, la Constitución no exige que ellos expresen su consentimiento previamente. Por ejemplo las cámaras de Comercio no pueden negarse a llevar el registro mercantil.

21. SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

La declaración de exequibilidad, se hace sobre todo el inciso primero del artículo 232, porque la expresión demandada tiene una relación inescindible con el resto del inciso, y porque en todo éste no se ve quebranto alguno de la Constitución.

22. DOCTRINA ADICIONAL:

La Constitución asigna al legislador la facultad de establecer cuándo los particulares pueden cumplir funciones administrativas y en qué condiciones. Es lo que, en las palabras del inciso final del artículo 123, se menciona como determinar el régimen aplicable y regular el ejercicio de funciones públicas.

Pero, la Constitución no impone unos límites al legislador, en esta materia. Apenas establece que debe dictarse una ley, pero no traza unas pautas rígidas para la misma. La Constitución, por ejemplo, en el caso del artículo 123, no señala un determinado límite temporal y no establece ninguna restricción en lo que atañe a la retribución del particular, como tampoco lo hace en el artículo 210. Al fin y al cabo, esta es una forma de "participar en la vida política, cívica y comunitaria", que es uno de los deberes a que se refiere el artículo 95 de la Constitución. En el caso de los comerciantes que recaudan el impuesto al valor agregado (IVA), y en el de quienes, al hacer un pago, retienen en la fuente, la ley no ha previsto una retribución por tal gestión, porque esta es, sencillamente, un deber de participación, conexo con la actividad que ellos desarrollan.

Cumplir así este deber, sin una específica retribución, no quebranta la justicia ni la equidad: por el contrario, las realiza, porque es una expresión de la solidaridad social y no puede afirmarse, en general, que el ejercicio de la función pública represente un perjuicio para el particular, porque no lo hay en el servicio a la comunidad. Sólo podría haberlo si la función asignada implicara una carga excesiva, desproporcionada, y contraria, por lo mismo, a la equidad y a la justicia.

23. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

A nuestro parecer, el tema debatido por el demandante en la presente providencia, reiteradamente es tema discutido en nuestro ordenamiento jurídico, no solo en materia tributaria, sino también en lo atinente a su naturaleza, funciones y constitución; las consideraciones de la corporación respecto a los puntos mencionados anteriormente sobre las cámaras de comercio, apuntan a establecer (junto a la doctrina) que son particulares en ejercicio de funciones públicas, y por tal razón las decisiones que profieran y los actos que lleven a cabo son controvertibles ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Compartimos el criterio de la corte en la presente sentencia, pues estas instituciones de naturaleza corporativa, gremial y privada, tienen la función de liquidar y recaudar el impuesto de registro por mandato de la constitución nacional; además se le adjudica al legislador la facultad de tipificar bajo qué condiciones ejercen los funcionarios públicos y los particulares en ejercicio de funciones públicas sus oficios; es de esta manera que el demandante cae en un yerro jurídico, al considerar que la ley vulnera los preceptos constitucionales al asignarle a las cámaras de comercio tales funciones, pues al realizarlas, nunca entorpece el ejercicio de las funciones atribuidas, puesto que su capacidad es la regida por la legislación. Además, a juicio de la Corte, es razonable que la entidad encargada de llevar el registro mercantil, recaude el impuesto que lo grava y lo entregue a la entidad pública que es su destinatario según la ley.

Anexo G. Ficha N. 7.

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PÚBLICO
SUBÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL**

COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA

- 1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA:** D (X)
- 2. NÚMERO DE SENTENCIA:** C (181) 1.997
- 3. FECHA DE LA SENTENCIA:** 10-04-1.997.
- 4. MAGISTRADO PONENTE:** Dr. Fabio Morón Díaz
- 5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:**
 - Dr. Antonio Barrera Carbonell. Presidente.
 - Dr. Jorge Arango Mejía
 - Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz
 - Dr. Carlos Gaviria Díaz
 - Dr. José Gregorio Hernández Galindo
 - Dr. Hernando Herrera Vergara
 - Dr. Alejandro Martínez caballero;
 - Dr. Fabio Moreno Díaz.

- 6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO:** Ningún magistrado.
- 7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO:** Ningún magistrado.
- 8. VOTACIÓN:** 9-0
- 9. ACTOR O ACCIONANTE:** Señor Jorge Luis Pabón Apicella
- 10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE:** PN (X)
- 11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:** Sí (X), El Procurador General de la Nación solicitó la exequibilidad de la norma acusada; porque la lectura que el demandante hace de la expresión acusada no corresponde a la prescripción que la contiene ni a la normatividad que regula la actividad notarial.
- 12. INTERVINIENTES:**
- El abogado Álvaro Namen Vargas, apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho solicitó la declaración de exequibilidad de la norma acusada; porque el actor confunde “el contenido de la norma demandada” que se limita a establecer una incompatibilidad, sin que ello implique, que la función notarial como tal no sea ejercicio de autoridad.
- 13. PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL:** No (X)
- 14. AUDIENCIA PÚBLICA:** No (X).
- 15. OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES:** No se presentó ninguna
- 16. TEMAS:**
- Función Notarial.
 - Particulares en Ejercicio de Funciones Públicas.
- 17. NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO:** Demanda la inexecutableidad contra el decreto 960 de 1.970 “por el cual se expide el Estatuto del Notariado”, artículo 2 la palabra “autoridad o”.
- 18. DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD:** E (X)
- 19. ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA:** Notificar, comunicar, cumplir, insertar en la gaceta de la Corte Constitucional y archivar en el expediente.

20. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI)

Al afirmarse que la Función Notarial es incompatible con el ejercicio de autoridad o jurisdicción, lo que se busca es establecer la incompatibilidad del ejercicio de la función notarial con el cumplimiento de cualquier otra función que implique el ejercicio de actividad o jurisdicción, bajo el entendido de que el notario al ser un particular encargado del desarrollo de funciones públicas, le corresponde dar fe pública y le asiste el carácter de autoridad estatal gozando por ende de las prerrogativas del poder público; por lo mismo, el desempeño de sus labores, no puede concurrir con el desempeño de funciones diferentes a las suyas y que igualmente sean el resultado y la expresión de la autoridad con la que la organización política la reviste.

B. DOCTRINA GENERAL:

El artículo 131 de la Constitución Nacional instituye la *función notarial* como un servicio público que comporta una de las modalidades de la descentralización por colaboración ya que la prestación de ese servicio y de las funciones inherentes a él ha sido encomendada, de manera permanente a particulares.

Las *atribuciones de las que han sido investidos los notarios*, Implican su sometimiento al régimen jurídico, fijado por el legislador, y aparejan el control y la vigilancia que ejerce el Estado encargado por el Estatuto Fundamental de asegurar la eficiente prestación de los servicios públicos, de promover el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, y de garantizar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares artículos: 365, 366 y 210 de la Constitución Política.

Por tanto, el decreto 960 de 1970 establece la *incompatibilidad de la función notarial* con el ejercicio de autoridad o jurisdicción, que además no puede ejercerse sino dentro de los respectivos límites del círculo notarial.

Las decisiones que adopten los notarios pueden ser debatidas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, además los artículos 195 y siguientes del decreto 960 de 1970 aluden a la responsabilidad civil en la que pueden incurrir siempre que causen daños y perjuicios a los usuarios del servicio por culpa o dolo en la prestación del mismo.

Servidor público: el Art. 123 de la Constitución Política define de forma general quiénes son servidores públicos, denominación que comprende a todos los empleados estatales, abstracción hecha de su nivel jerárquico y de sus competencias específicas. Dicho artículo; además, defiere a la ley, la determinación del régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y la regulación de su ejercicio.

C. DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Sobre el concepto de autoridad la Corte se pronunció de la siguiente manera: “La autoridad en términos generales, y tomada en un sentido objetivo, es la potestad de la que se halla investida una persona o corporación, en cuya virtud, las decisiones que adopte son vinculantes para quienes a ella están subordinados. Esta autoridad es pública cuando el poder del que dispone, proviene del Estado, de conformidad con las instrucciones que lo rigen. Subjetivamente hablando, la expresión autoridad sirve para designar a quienes se encarga y ejercen esa potestad.

D. PRINCIPALES REGLAS DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O “SUB REGLAS”.

La Corporación reitera su postulado, acerca de la lectura del Art. 6 de la Constitución nacional, admitiendo una interpretación sistemática. “Cambia así sustancialmente la lectura del artículo 6 de la Constitución Política, que ya no admite una interpretación literal sino sistemática: a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualesquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio correspondan a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de está y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable de su actividad, sin que llegue por eso a convertirse en servidor del Estado, desde el punto de vista subjetivo.”

“La forma en la que se ha desdibujado la separación absoluta entre las esferas pública y privada en torno al desarrollo de las actividades que interesen a la sociedad, se muestra propicia al afianzamiento de una concepción material de los asuntos públicos, por cuya virtud los particulares vinculados a su gestión, si bien siguen conservando su condición de tales, se encuentran sujetos a los controles y a las responsabilidades anejas al desempeño de sus funciones públicas”.

Que la función notarial, sea incompatible con el ejercicio de autoridad o jurisdicción, comporta una prohibición dirigida al titular de la función pública, al que 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 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.

21. SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

No se presentó ninguna.

22. DOCTRINA ADICIONAL:

El Consejo de Estado ha sostenido que “la función que desempeñan los notarios es por esencia una función pública, como que son éstos, depositarios de la fe pública. Se trata de uno de los servicios públicos conocidos o nominados como de la esencia del Estado. Por ello al ejercer una típica función pública, las decisiones que profieran y las actuaciones que realicen, son controvertibles ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal como lo preceptúa el Art. 82 C.C.A.”.

23. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGUIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA.

Consideramos que de manera acertada la Corte falló la constitucionalidad de la norma acusada, pues además de clarificar su contenido, establece dialécticamente la situación jurídica del notario en nuestro régimen legal; estableciendo de esta manera, que en general cuando el particular que se halle en cualquiera de las situaciones que el ordenamiento jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponde a entes estatales, no puede ser mirado bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los particulares, ya que por la esencia de la función que cumple es públicamente responsable de sus actividades. De esto se colige, que sus atribuciones implican su sometimiento al régimen jurídico fijado por el legislador, concluyendo de esta manera que la prohibición contenida en la norma debatida, se justifica en la medida en que el notario está ejerciendo un tipo de autoridad en la realización de sus funciones.

Anexo H. Ficha N. 8.

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PÚBLICO
SUBÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL**

COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA

- 1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA:** D (X)
- 2. NÚMERO DE SENTENCIA:** C (563) 98
- 3. FECHA DE LA SENTENCIA:** 07-10-98
- 4. MAGISTRADO PONENTE:** Dr. Antonio Barrera Carbonell y Dr. Carlos Gaviria Díaz.
- 5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:**
 - Vladimiro Naranjo Mesa. Presidente.
 - Antonio Barrera Carbonell.
 - Alfredo Beltrán Sierra.
 - Eduardo Cifuentes Muñoz.
 - Carlos Gaviria Díaz.
 - José Gregorio Hernández Galindo.
 - Hernando Herrera Vergara.
 - Alejandro Martínez Caballero.

- Fabio Morón Díaz.

6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO:

- Antonio Barrera Carbonell, Magistrado con salvamento parcial de voto.
- Alejandro Martínez Caballero, Magistrado con salvamento parcial de voto.

7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO: No hubo aclaración de voto.

8. VOTACIÓN: 7-2

9. ACTOR O ACCIONANTE: Nicolás Alberto Danés Silva.

10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE: PN (X)

11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Sí (X), solicitó a la Corte la exequibilidad de las normas acusadas; porque las normas acusadas se avienen a la constitución, por cuanto representan el desarrollo exacto del Art. 6º Constitucional que consagra la responsabilidad de los particulares por infracción de la ley, que para el caso de la gestión contractual con el Estado establece razonablemente, las consecuencias civiles y penales que se derivan de la actividad de los contratistas, consultores, interventores y asesores.

12. INTERVINIENTES:

- Mediante apoderado, el Ministerio del Interior intervino en el proceso y se opuso a las pretensiones de la demanda. Por cuanto el legislador no da diferentes denominaciones a los conceptos constitucionales.
- El Departamento Administrativo de la Función Pública, a través de apoderado, solicitó la declaración de exequibilidad de las normas acusadas; porque tanto en la ley 80793 como en la ley 190/95 se establece claramente el régimen aplicable a los servidores públicos y a los particulares que ejercen funciones públicas, en desarrollo del Art. 123 de la Constitución.

13. PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL: No (X)

14. AUDIENCIA PÚBLICA: No (X).

15. OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES: No se presentó ninguna.

16. TEMAS:

- Función Pública– Noción amplia y restringida

- Responsabilidad Civil y Penal de Contratista, Consultor, Interventor y Asesor– Que participen en procesos de contratación.
- Responsabilidad Civil y Penal de Contratista, Consultor, Interventor y Asesor– Asimilados a servidores públicos.
- Régimen Disciplinario- No puede ser aplicable a particulares/Régimen Disciplinario- Destinatarios /Régimen penal- Destinatarios.
- Funciones Públicas por Particulares– Asimilados a servidores públicos/Omisión Legislativa- Irrelevante.
- Peculado- Concepto de bienes.
- Peculado por Extensión en Relación con Particulares.

17. NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO: Demanda de Inconstitucionalidad contra la ley 80 de 1993, artículos 52, 53 y 56, y la ley 190 de 1995, artículos 18, 19 y 20, que, en su orden, reformaron los arts. 63, 133 y 138 del Código Penal de 1980.

18. DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD: E (X)

19. ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA: Notificar, comunicar, cumplir, insertar en la Gaceta de la Corte Constitucional y archivar el expediente.

20. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI)

- A los contratistas, consultores, interventores y asesores, en razón de su intervención en el proceso de contratación estatal si se les puede exigir responsabilidad civil y penal; ya que, la ley 80/93 designa al contratista como receptor de los atributos predicables de todos los sujetos que concurren a prestar su colaboración al Estado, a través de los diferentes tipos de contratos, y, se le cobija bajo un régimen único de responsabilidad civil y penal, derivado de la ejecución de sus obligaciones contractuales (Art. 52, 53). En consecuencia, su responsabilidad, se deduce del cumplimiento o no de sus obligaciones contractuales y de las acciones y omisiones antijurídicas en que estos puedan haber incurrido en la celebración y ejecución de los correspondientes contratos.
- A los referidos sujetos se les puede asimilar a servidores públicos, para efectos de deducirles responsabilidad penal; ya que la ley 80/93 en su Art. 56 los asimila a particulares que cumplen funciones públicas, dicha figura se sustenta en al Art. 63 C.p. Modificado por la ley 190/95, Art. 18, y el Art.

123 de la Constitución en la exigencia especial de que éste cumpla funciones públicas, de manera que existirá o dejará de existir tal asimilación si el particular ejerce o deja de ejercer dichas funciones; en forma permanente o transitoria; por tanto, se les sujeta a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

- El peculado puede referirse a la apropiación por el servidor público en provecho suyo o de un tercero, de bienes del Estado, o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o de bienes de particulares cuya administración o tenencia se le haya confiado, y no exclusivamente a caudales públicos; ya que la propia Constitución utiliza indistintamente la palabra "bienes", en un sentido genérico cuando se refiere a los elementos que conforman el patrimonio del Estado. Así, pues, la Carta se refiere a "bienes" de la Nación (arts. 8, 102,) del Estado (Art. 332), a los fondos o bienes de la Nación, al erario (Art. 268-1-2-4), etc. Por lo tanto el concepto de bienes es noción omnicomprensiva, porque se refiere a todo lo que una persona posee o de lo cual es dueña y que en conjunto da origen a su activo patrimonial. Por lo mismo, cuando se habla de los bienes del Estado, se hace referencia tanto a los públicos como a los privados o fiscales, según las normas civiles.

B. DOCTRINA GENERAL:

Las "Entidades estatales" son sujetos que contratan a nombre del Estado, la ley 80 los clasifica incorporándolos a organismos con y sin personería jurídica, que, sin embargo, tienen capacidad contractual, es decir, gozan de la facultad de celebrar contratos e intervenir en su ejecución, si bien los derechos y las obligaciones que adquieren y la responsabilidad que pueda corresponderles, se radican en el respectivo sujeto de imputación jurídica, gr. Nación (Art. 2, ordinal 1° Ley 80 de 1993).

Los "servidores públicos" según el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública son personas naturales que prestan sus servicios dependientes a "las entidades estatales", con "excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predica 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", así como a "los miembros de las corporaciones públicas que tienen capacidad para celebrar contratos en representación de éstas (Art. 2, ordinal 2°).

Los contratistas, conforme a dicho estatuto, son las personas naturales o jurídicas, privadas o públicas, que asumen la ejecución de una labor o actividad, o que deben asumir la realización de una determinada prestación, según las especificidades del objeto del contrato, a cambio de una

contraprestación. La ley, establece las actividades que cada uno de ellos debe cumplir dentro del referido proceso y delimita el campo de las responsabilidades que les corresponden a las entidades estatales, a los servidores públicos y a los contratistas, en armonía con los preceptos de la Constitución (Art. 6, 90, 124 y 209), originadas en sus acciones u omisiones, cuando quiera que éstas irrogan perjuicios a cualquiera de los sujetos de la relación contractual.

Responsabilidad de los servidores públicos según la ley 80 "responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas", lo cual se traduce en las formas de responsabilidad disciplinaria, civil y penal (arts. 26-2, 51). Estas son acumulables, es decir, pueden concurrir dentro de ciertas circunstancias.

Es servidor público Art. 123 de la Constitución, toda persona que ejerce a cualquier título una función pública y, en tal virtud, ostentan dicha condición los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, así como las personas vinculadas al Estado mediante relaciones laborales especiales, según lo determine el legislador (C.P. arts. 123 y 125). Los particulares pueden ejercer funciones públicas, en forma temporal o permanente (Art.123, inciso tercero y 210, inciso segundo).

El artículo 63 del Código Penal, modificado por la ley 190/95, art. 18, considera servidores públicos para fines penales, entre otros, a los miembros de las corporaciones públicas, a los empleados y trabajadores del Estado, a los integrantes de la fuerza pública y a "los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria".

Bienes: la palabra "bienes" es castiza y significa: "Todas las cosas, corporales o no, que pueden constituir objeto de una relación jurídica, de un derecho, de una obligación, o de una y otra a la vez. Guillermo Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, Pág. 270, Buenos Aires, 1968, Edit. Bibliográfica Omeba". Según el Diccionario de la Lengua Española la palabra "caudal" es sinónima de bienes de cualquier especie, y más comúnmente de dinero.

C. DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Función Pública:

- En sentido amplio atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

- En sentido restringido se refiere al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que esta investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento (C.P. art. 123).

D. PRINCIPALES REGLAS DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O “SUB REGLAS”:

Lo que coloca al particular en la situación de servidor público, no es concretamente el vínculo que surge de la relación, importante o no, con el Estado, sino de la naturaleza de la función que se le atribuye por ministerio de la ley, la cual fija la índole y alcance de la relación jurídica.

El funcionario o empleado, al vincularse al servicio, adquiere una investidura que lo coloca en una relación de dependencia con el Estado, la cual determina que pueda exigírsele, en razón de su conducta, un grado específico de responsabilidad. De este modo, cuando incumple sus deberes o incurre en conductas prohibidas, debe acarrear con las cargas y consecuencias de orden patrimonial, disciplinario, e inclusive penal. Situación parecida se presenta con el trabajador oficial, con algunas variables derivadas de la naturaleza de la relación contractual.

Cuando se asigna al particular el cumplimiento de una función pública, este adquiere la condición de un sujeto cualificado, en la medida en que se amplifica su capacidad jurídica, sin que por ello deje de ser un particular. Sin embargo, en este evento su situación jurídica se ve afectada en virtud de las responsabilidades que son anejas a quien cumple funciones de la indicada naturaleza.

Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.

El propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados. Sin embargo, se advierte que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la

labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específica, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.

21. SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Se precisa que la asimilación de la conducta del particular a la de un servidor público es sólo para efectos penales; otro tipo de responsabilidad derivada de la actuación oficial, como la disciplinaria, se continúa predicando con exclusividad de los funcionarios, que tienen con el Estado una relación legal y reglamentaria.

Sobre el punto la Corte ha insistido repetidamente que el régimen disciplinario no puede ser aplicado a los particulares que prestan sus servicios al Estado, pues en esos casos no se presenta una relación de sujeción o supremacía entre la Administración y la aludida persona. Este régimen, sólo puede ser aplicado a los servidores públicos, por la posición de éstos *"en el aparato estatal, como ente físico que actualiza la tarea del Estado, comporta una serie de obvias obligaciones especiales de aquel con éste, llamadas a mantener el orden interno de la organización y el logro de los objetivos estatales. Así las cosas, un elemento esencial que define al destinatario de la potestad disciplinaria es la existencia de una subordinación del servidor público para con el Estado"* C-280 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero

22. DOCTRINA ADICIONAL:

En la exposición de motivos del proyecto que luego se convirtió en la ley 80/93, se justificó la responsabilidad de los particulares contratistas, así como la de los consultores, interventores y asesores, en el sentido de que éstos "deberán responder civil y penalmente por las conductas dolosas o culposas en que incurran en su actuar contractual, tales como el participar en un proceso de selección a pesar de tener conocimiento de la inexistencia de autorizaciones para su ejecución, cuando suscriban el contrato no obstante conocer las circunstancias de inhabilidad o de incompatibilidad en que se hallan incursos; cuando no adopten las medidas o decisiones necesarias para iniciar el contrato en la época prevista o pactada; por obstaculizar las labores o actividades de vigilancia del contrato, así como cuando entregue bienes o preste servicios de calidad o especificaciones diferentes, o cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato,

entre otros casos. Estatuto de la Contratación Administrativa, Bogotá, Edit. Temis, 1993, pág. 57 y 58.

La mayor responsabilidad que adquiere el particular cuando interviene en los contratos estatales, ya ha sido objeto de análisis por la Corte: *"....a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de esta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse -se repite- en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo"* C-286 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández

23. TESIS DEL SALVAMENTO DE VOTO:

A. TEMAS:

- Contratista- Naturaleza
- Contratista – No puede ser asimilado a servidor público.
- Funciones Públicas por Contratista – Ejercicio excepcional.
- Funciones Públicas por Particulares – Ejercicio excepcional.
- Responsabilidad Penal de Contratistas - No puede ser asimilada a la del servidor público.
- Postulado de Orden Justo – Desconocimiento.

B. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI)

No puede el Art. 56 de la ley 80 de 1993 asimilar a servidores públicos para efectos penales al contratista, al interventor, al consultor y al asesor, que celebre, ejecute y liquide contratos con las entidades estatales, sujetándolos a la misma responsabilidad penal; ya que, si bien el contratista colabora o es el instrumento para alcanzar un fin público, no realiza, en principio, funciones públicas, porque a diferencia del servidor público, él no desarrolla una actividad en beneficio de la administración en forma directa, permanente, y bajo un régimen legal o reglamentario, que lo coloque dentro de una especial situación de sujeción o subordinación; por tanto, no existe una adecuación entre los fines que persigue la ley, como serían los de lograr la correcta y cabal ejecución del objeto contractual por los

contratistas, con los medios empleados, esto es, la asimilación de éstos a servidores públicos para fines penales, porque dicha finalidad se logra a través de los poderes de dirección y control que tiene la administración sobre el contratista y la garantía que debe prestar, con diferentes propósitos, para asegurar el cumplimiento del contrato y los demás riesgos que se derivan del desarrollo de sus actividades.

C. DOCTRINA GENERAL:

El servidor público es el órgano de actuación directa de la función estatal; obra a nombre y representación del Estado y su actividad tiene la virtualidad de considerarse actuación de éste y, por lo tanto, puede comprometer directamente la responsabilidad de aquél.

Los servidores públicos (Art. 123 C.P), actúan en desarrollo de funciones propias del Estado, según las prescripciones de la ley, y están al servicio de los intereses generales del Estado y de la comunidad.

Los contratistas son personas naturales o jurídicas, privadas o públicas, que en virtud de un vínculo jurídico con un sujeto público asumen la obligación de ejecutar una determinada labor, actividad o prestación, según lo determine el objeto del contrato, con miras a realizar un fin práctico, cual es la satisfacción de ciertos intereses públicos o sociales cuya gestión corresponde a dicho sujeto.

C. SALVEDADES PROPIAS:

El ejercicio de funciones públicas por un contratista es una situación eventual, que sólo se da dentro de ciertas condiciones específicas que deben ser determinadas por el legislador. En tal virtud, no siempre que un particular se vincula al Estado mediante un contrato de consultoría, interventoría o asesoría externa o cualquier otro, resulta ejerciendo funciones públicas, porque esta clase de funciones no surgen del contrato como resultado fatal. Todo lo contrario, el contratista sólo puede asumirlas cuando expresamente y por determinación legal se le trasladen para su ejercicio; ello acontece, por ejemplo, cuando se trata de concesiones, en sus diferentes modalidades, o en la administración delegada o del manejo de bienes o recursos públicos.

D. DOCTRINA ADICIONAL:

Si bien los particulares pueden desarrollar funciones públicas (arts. 123, inciso 3 y 210, inciso 2 de la Constitución), ello constituye una situación excepcional que debe ser delimitada estrictamente por el legislador; pero nunca pueden asimilarse las actividades de los servidores públicos a las de los particulares, porque cada una de ellas tiene especificidades y obedecen

a criterios y a finalidades que las hacen notoriamente diferentes, más aún cuando éstos últimos no pierden su condición de particulares por la circunstancia de desarrollar aquél tipo de funciones.

Las actividades que los funcionarios públicos y los contratistas realizan dentro de una relación contractual, corresponden a roles completamente identificables y diferenciados que no pueden ser confundidos. Es así como a los funcionarios públicos les corresponde velar normalmente por la correcta y completa ejecución del contrato mediante la utilización de las competencias de que están investidos y en cambio, a los contratistas les compete exclusivamente el cumplimiento del objeto contractual.

La actividad del contratista se desarrolla dentro de cierto grado de autonomía e independencia, tanto técnica como directiva, y aun cuando se encuentra sometido a cierto poder de control y dirección por la entidad pública contratante, éste se ejerce acorde con el objeto contractual y exclusivamente para que el referido objeto pueda realizarse convenientemente, según lo demanden los intereses de dicha entidad.

La norma acusada no supera el mínimo de justicia intrínseca que debe poseer, según el postulado del orden justo que pregonan la Constitución (preámbulo y Art. 2, inciso 2) y se revela irrazonable y arbitraria, porque repugna a la idea de justicia que quien sólo como contratista cumple excepcionalmente funciones públicas, pueda ser siempre asimilado a servidor público, para los fines de exigirle la responsabilidad penal que a éste le corresponde en razón de la actividad contractual.

24. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

La corporación en el presente fallo establece los criterios y parámetros a seguir para dar clara interpretación a las normas que el actor considera quebrantadoras de los mandamientos constitucionales; debido a la asimilación de los particulares que realizan funciones públicas, con los servidores públicos, para efectos de deducirles una responsabilidad penal o disciplinaria, así pues, la Corte al elucidar las normas debatidas, afirma que los particulares que ejercen funciones públicas son solo asimilados a servidores públicos para efectos penales, (lo cual es muy restrictivo; puesto que dicha asimilación puede ser viable en materia civil y contractual) pues acertadamente establece que el legislador es competente para definir la política criminal, y ha considerado que la responsabilidad penal de las personas con las que el Estado celebra contratos debe ser igual a la de los funcionarios públicos.

Anexo I. Ficha N. 9.

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PÚBLICO
SUBÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL**

COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA

1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA: D (X)

2. NÚMERO DE SENTENCIA: C (702) 99

3. FECHA DE LA SENTENCIA: 20-09-99

4. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Fabio Morón Díaz

5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:

- Eduardo Cifuentes Muñoz. Presidente
- Antonio Barrera Carbonell.
- Alfredo Beltrán Sierra.
- Carlos Gaviria Díaz.
- José Gregorio Hernández Galindo.
- Alejandro Martínez Caballero.
- Fabio Morón Díaz.
- Vladimiro Naranjo Mesa.
- Álvaro Tafur Galvis.

6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO:

- Eduardo Cifuentes Muñoz. Salvamento parcial de voto.
- Antonio Barrera Carbonell. Salvamento parcial de voto.
- José Gregorio Hernández Galindo. Salvamento parcial de voto.
- Fabio Morón Díaz. Salvamento parcial de voto.
- Vladimiro Naranjo Mesa. Salvamento parcial de voto.

7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO: No hubo aclaración de voto.

8. VOTACIÓN: 5-4

9. ACTOR O ACCIONANTE: Andrés de Zubiría Samper.

10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE: PN (X)

11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Sí (X). La Vice Fiscal solicita a la Corte declarar inconstitucional el artículo 55 de la Ley 489 de 1998; constitucional el artículo 120 de la norma acusada, así como las expresiones acusadas de los artículos 7º, 38, 47, 51, 52, 53, 54, 59-9º y 111-2º de la misma, y por último, declararse inhibida para conocer la constitucionalidad de la expresión "*las superintendencias*" contenida en el artículo 68 de la norma por considerar que hay una ineptitud sustantiva en la demanda presentada por ausencia de cargos.

En relación con la participación de los particulares en funciones públicas, desestima el cargo pues, la ley demandada al regular el ejercicio de las funciones administrativas por aquellos, les señala los requisitos y procedimientos que deben cumplir al ejercerlas, sin significar, que cuando lo hacen temporalmente se puedan apartar de su observancia.

12. INTERVINIENTES:

- Contralor General de la República, defendió la constitucionalidad del num. 6 del Art. 120 de la ley 489 de 1998.
- El ciudadano Diego Younes Moreno, solicitó la constitucionalidad de las disposiciones acusadas: porque lo referente al ejercicio de funciones públicas de forma permanente, no es una novedad en el ordenamiento jurídico nacional y que desde el decreto 3130 de 1968 se ha previsto la posibilidad de que algunos particulares hagan parte de la administración pública.

- El señor Gonzalo Suárez Beltrán, apoderado del señor Ministro del Interior, quien defendió la constitucionalidad de las normas acusadas. Pues es posible la asignación de funciones públicas de forma permanente a los particulares en virtud de la sentencia C-286 de 1996.

13. PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL: No (X)

14. AUDIENCIA PÚBLICA: No (X).

15. OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES: El Procurador General de la Nación, manifestó estar impedido para conceptuar en el asunto de la referencia por haber intervenido en la expedición de las normas sujetas a control constitucional. Estudiada la solicitud, la Corporación, aceptó el impedimento y ordenó dar traslado de la demanda al Viceprocurador General de la Nación, para que rindiera concepto, el cual está acorde con la decisión tomada por la Corte.

16. TEMAS:

- Descentralización Administrativa.
- Asignación de Funciones Públicas a los Particulares.
- Integración del Consejo de Ministros.
- Facultades Extraordinarias al Presidente de la República.

17. NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO: Demanda de Inconstitucionalidad contra los artículos: del Art. 7 las expresiones “procurará” y “en lo posible”; las expresiones “permanente” “y si fuere el caso del sector privado” del parágrafo 2º, del Art. 38; del Art. 47 la frase “convocados por el Presidente de a República”; 51; 52; 54; 55; del Art. 59 la expresión “y si personas privadas; del Art. 68, la expresión “las Superintendencias”; la expresión “Prorrogables” del numeral 2. del artículo 111 y el Art. 120 de la ley 489 de 1998. “Por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden disposiciones y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del Art. 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

18. DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD: E (X) artículo 7º; las expresiones “*permanente*” y “*si fuere del caso, del sector privado*” del parágrafo 2º del artículo 38; 47; artículos 52 y los literales a), e), f), j), k), l) y m) del artículo 54. “*y personas privadas*” del artículo 59 e INEXEQUIBLE IE (X) el Art. 51; 55; la expresión “*prorrogables*” del numeral 2º del artículo 111; 120; se inhibe decidir en relación con la expresión “*las superintendencias*” del artículo

68 por ineptitud sustantiva de la demanda, ante la ausencia de concepto de violación.

19. ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA: Notificar, comunicar, cumplir, insertar en la Gaceta de la Corte Constitucional y archivar el expediente.

20. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

A. TESIS DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

- Cuando el Art. 7 ley 489/98 establece que "(...) el gobierno (...) procurará desarrollar disposiciones y normas que profundicen en la distribución de competencias entre los diversos niveles de la administración siguiendo, en lo posible, el criterio de que la prestación de los servicios corresponde a los municipios (...)". No debe entenderse como una facultad del ejecutivo, violando de esta forma el principio imperativo de descentralización política (Art. 368 C.P.); porque, es claro que conforme al texto íntegro de dicho artículo el gobierno, al ejercer las facultades que le confiere la ley 489 y al darle concreción a sus principios generales, atenderá y observará los principios constitucionales y legales sobre la descentralización administrativa y la autonomía de las entidades territoriales. En consecuencia las opciones que el legislador plasma como pautas que el Ejecutivo debe seguir para profundizar el proceso de descentralización, son expresión y no negación de la misma.
- Establecer legalmente que algunos particulares que ejercen funciones públicas pueden cumplir su función de forma permanente, no riñe con la disposición constitucional que indica que tal ejercicio es temporal, porque, existen varias disposiciones constitucionales que permiten el ejercicio de funciones públicas de forma permanente por los particulares.
- Cuando se establece en el Art. 47 Ley 489/99 que "El Consejo de Ministros estará conformado por todos los Ministros convocados por el Presidente de la República" no se desconoce la noción de "gobierno" que se consagra en el artículo 114 (sic) - queriendo significar el artículo 115 de la Carta- que es discrecional del jefe del ejecutivo nacional la convocatoria o no de todos los ministros; porque, conforme al estudio del texto íntegro del artículo 47 se contempla expresamente que el Consejo de Ministros se integra por todos los Ministros, quienes serán, en su condición de tales, convocados por el Presidente de la República.
- El Art. 120 de la ley 489/98 viola el procedimiento constitucional para la concesión de facultades extraordinarias del legislativo al ejecutivo nacional desconociendo el Art. 150-10 de la Carta; Cuando en el proyecto original, la solicitud expresa de facultades extraordinarias del gobierno, no cumplió con

el primer ni el segundo debate en la Cámara de Representantes, es decir en la Comisión Constitucional Permanente y en la Plenaria de esta Corporación, siendo aprobada por la comisión accidental, porque, no puede ser de recibo, ni lógica ni racionalmente, que lo dispuesto por una Comisión Accidental, cuyas funciones de conciliación tienen, por fuerza, que ser limitadas a su objeto, según lo dispone la Constitución Política y la Ley 5ª de 1992 (Reglamento del Congreso), llegue hasta el punto de sustituir y reemplazar unos requisitos constitucionales formal y sustancialmente tan esenciales como los debates que se cumplen en la Comisión Constitucional Permanente, primero, y luego en la propia Plenaria de cada Cámara. Por tanto, según el art. 157 de la C.P. un proyecto de ley no puede ser ley sin "2. Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara".

B. DOCTRINA GENERAL:

Servidores públicos: son todos los miembros de las corporaciones públicas y entidades descentralizadas. Art. 123 de la Constitución. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

Según el Art. 228 C.P. al legislador le corresponde establecer los términos en que "las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad".

Conformación del Consejo de Ministros: "Art. 47- Consejo de Ministros. El Consejo de Ministros estará conformado por todos los Ministros convocados por el Presidente de la República. Mediante convocatoria expresa podrán concurrir también los directores de departamento administrativo, así como los demás funcionarios o particulares que considere pertinente el Presidente de la República. Sin perjuicio de las funciones que le otorgan la Constitución Política o la ley, corresponde al Presidente de la República fijar las funciones especiales del Consejo y las reglas necesarias para su funcionamiento".

Trámite de un Proyecto de ley para que sea ley: según ley 5ª de 1992:

"ARTICULO 157. Iniciación del debate. La iniciación del primer debate no tendrá lugar antes de la publicación del informe respectivo.

ARTICULO 158. Discusión sobre la ponencia. Resueltas las cuestiones fundamentales, se leerá y discutirá el proyecto artículo por artículo, y aún inciso por inciso, si así lo solicitare algún miembro de la Comisión.

Al tiempo de discutir cada artículo serán consideradas las modificaciones propuestas por el ponente y las que presenten los Ministros del Despacho o los miembros de la respectiva Cámara, pertenezcan o no a la Comisión.

“Artículo 177. Diferencias entre el pleno y la comisión. Las discrepancias que surgieren entre las plenarias de las Cámaras y sus Comisiones Constitucionales acerca de proyectos de ley, no deberán corresponder a asuntos nuevos, o no aprobados, o negados en la Comisión Permanente respectiva. Si así fuere, las mismas Comisiones reconsiderarán la novedad y decidirán sobre ella, previa remisión del proyecto dispuesta por la Corporación.

Artículo 178. Modificaciones. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 160, inciso 2º de la Constitución Política, cuando a un proyecto de ley le sean introducidas modificaciones, adiciones o supresiones durante el debate en Plenaria, éstas podrán resolverse sin que el proyecto deba regresar a la respectiva Comisión Permanente.

Sin embargo, cuando se observaren serias discrepancias con la iniciativa aprobada en Comisión o se presentaren razones de conveniencia, podrá determinarse que regrese el proyecto a la misma Comisión para su reexamen definitivo. Si está persistiere en su posición, resolverá la Corporación en pleno.

ARTICULO 185. Procedimiento similar. En la discusión y aprobación de un proyecto en segundo debate se seguirá, en lo que fuere compatible, el mismo procedimiento establecido para el primer debate”.

Lo dicho excluye, en consecuencia, la votación en bloque de todo un proyecto de ley o de Acto Legislativo compuesto por varios artículos, y por supuesto la votación fundada exclusivamente sobre la base de acuerdos políticos externos a la sesión misma, celebrados por grupos, partidos o coaliciones, con la pretensión de imponer una mayoría sin previo debate, atropellando los derechos de las minorías o impidiendo el uso de la palabra o la discusión a los congresistas no participantes en tales formas de concierto previo.

“ARTICULO 186. Comisiones accidentales. Para efecto de lo previsto en el artículo 161 constitucional, corresponderá a los Presidentes de las Cámaras integrar las Comisiones accidentales que sean necesarias, con el fin de superar las discrepancias que surgieren respecto del articulado de un proyecto.

Las comisiones prepararán el texto que será sometido a consideración de las cámaras en el término que les fijen sus Presidentes.

C. DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Discrepancias: “serán consideradas discrepancias las aprobaciones del articulado de manera distinta a la otra Cámara, incluyendo las disposiciones nuevas”. C-008/95 M.P. José Gregorio Hernández.

D. PRINCIPALES REGLAS DE SOLUCIÓN DE LOS PROLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O “SUB REGLAS”

- El avance en el proceso de descentralización, debe atender la realidad de los municipios, su nivel de desarrollo y de modernización y a partir de esto, propender por logros y ejecutorias que efectivamente puedan obtenerse con el proceso de descentralización, todo lo cual es conforme a la Constitución, donde el Art. 368 anticipa que las características técnicas y económicas así como las conveniencias generales son las variables a tener en cuenta para saber cuando un municipio está preparado para prestar de forma directa un servicio público domiciliario.

- La sentencia C-286 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, en la que esta Corporación hizo un recuento de las normas constitucionales en las que el Constituyente avaló la posibilidad del ejercicio permanente de funciones públicas por particulares, por lo cual la propia Carta Política da cuenta de:

“... la existencia de varias disposiciones constitucionales que hacen posible el ejercicio permanente de la función pública por particulares, tales son los casos de los notarios (artículo 131 C.P.), de las autoridades indígenas en ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (artículo 246 C.P.), y de la prestación de servicios públicos (artículo 365 C.P.) entre otros”

“...no puede afirmarse que la temporalidad deducida del enunciado artículo 123 de la Constitución, sea regla absoluta y rígida que impida en cualquier caso el ejercicio de funciones públicas permanentes por personas privadas”

- Las Comisiones Accidentales integradas cuando surgen discrepancias en las Cámaras respecto de un proyecto, para que reunidas conjuntamente, preparen el texto que será sometido a la decisión final en sesión plenaria de cada Cámara, no pueden llenar con su actuación el vacío producido por la falta de aprobación previa de la materia durante el primer debate en la Comisión Constitucional Permanente, y durante el segundo debate que se cumple en la Plenaria de cada Cámara.

Efectivamente, en la sentencia C-282 de 1995, de la que fue ponente el H.M. Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional sostuvo la tesis que en esta ocasión reitera, acerca del ámbito en el que pueden actuar en forma constitucionalmente válida las Comisiones Accidentales de Mediación.

“ e. Función de las comisiones accidentales: Ciertamente es que el artículo 161 de la Carta alude al nombramiento de comisiones accidentales cuando existan discrepancias en el "proyecto de ley", pero es apenas obvio que dichas comisiones no se pueden ocupar del estudio de aquellos artículos que no presentaron diferencia o desigualdad en las Plenarias de las Cámaras, pues de llegar a aceptarse lo contrario, esto es, que se vuelva sobre disposiciones que no fueron objeto de desacuerdo, se estaría desconociendo abiertamente la finalidad para la cual se crearon esas comisiones, que no es otra que la de zanjar las diferencias que surgieron entre los textos aprobados por las plenarias.

Además, considera la Corte que también se atentaría contra la existencia misma de las comisiones constitucionales permanentes de las Cámaras, a quienes corresponde dar el primer debate a los proyectos de ley, porque si las comisiones accidentales pudieran sustituirlas, ¿qué sentido tendría la exigencia contenida en el artículo 157-2 de la Carta, que establece como requisito indispensable para que un proyecto se convierta en ley, el haber sido aprobado en primer debate en la respectiva comisión permanente de cada Cámara?. Recuérdese que los preceptos constitucionales que regulan el trámite legislativo conforman un todo sistemático, de manera que sus disposiciones no pueden interpretarse en forma aislada sino dentro del contexto de la institución a la que pertenecen.

Lo que sí es indudable es que las comisiones accidentales al conciliar los textos disímiles bien pueden introducirles las reformas que consideren convenientes o crear nuevos textos en reemplazo de esos artículos, siempre y cuando obtengan la aprobación de las Plenarias de las Cámaras y no se modifique sustancialmente el proyecto o se cambie su finalidad.

21. SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

- El art. 7 de la ley 489/98 por lo anteriormente expuesto en materia de descentralización es exequible y conforme a la Constitución, salvo la expresión “que se le otorgan por medio” que es inexecutable para mayor precisión del alcance de la ley acusada.
- Pero, la posibilidad de que los convenios que las entidades o autoridades administrativas suscriban para conferir el ejercicio de funciones

administrativas a particulares, puedan ser “prorrogables” en forma indefinida, numeral 2º artículo 111 al no haber previsto un límite máximo al número de prórrogas, contraría el artículo 123 de la Carta, pues da pie para que se convierta en permanente dicha asignación de funciones públicas y su ejercicio por el particular contratado, a través de prórrogas sucesivas de 5 años, lo cual constituye una forma soterrada de burlar el carácter excepcional y el consiguiente límite temporal a que supeditó el Constituyente de 1991 el ejercicio de las funciones públicas por particulares. Por tanto, la ley que regule su ejercicio, en observancia del artículo 123 de la Carta, debe hacer que el período de ejercicio de la función pública por el particular sea determinado y determinable en el tiempo.

22. DOCTRINA ADICIONAL:

“Algo muy importante, derivado de la exigencia constitucional de un cierto número de debates - cuatro para las leyes (art. 107 C.P.) y ocho para los actos legislativos (art. 375 C.P.)- es el imperativo de llevarlos a cabo, es decir, de agotarlos en su totalidad para que pueda entenderse que lo hecho es válido, de modo tal que, si llegare a faltar uno de los debates exigidos, o si se surtiere sin los requisitos propios del mismo, según la Carta Política o el Reglamento, queda viciado de inconstitucionalidad todo el trámite y así habrá de declararlo la Corte en ejercicio de su función de control.

En relación con las leyes, ya ha señalado la Corte Constitucional que los casos en los cuales resulta posible reducir a tres los debates, mediante la sesión conjunta de las comisiones correspondientes, son taxativos y de interpretación estricta, bien que la propia Carta así lo haya ordenado o autorizado (art. 163, 341 y 346 C.P.) o que lo haya establecido el Reglamento con base en la facultad consagrada en el artículo 157, numeral 2, de la Constitución...”

No hubo ninguna doctrina adicional relevante para el caso de los particulares que ejercen funciones públicas, puesto que, se baso la Corte en la sentencia C-286 de 1996 anteriormente mencionada.

23. TESIS DEL SALVAMENTO DE VOTO:

Básicamente los salvamentos parciales de voto, en general, defienden la constitucionalidad del Art. 51 a 55 de la ley 489 de 1998; sin embargo, no se dirá nada más sobre el particular; porque se trata de ciertas competencias en cabeza del Presidente de la República, que en el momento es un tema, que no se está discutiendo en nuestro trabajo de tesis. Además este tema merece de un amplio análisis jurisprudencial; así como también, todo lo relacionado con las facultades extraordinarias del Presidente.

24. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

Es importante aclarar que la mayoría de la presente decisión hace énfasis en la aclaración de normas respecto del sector central de la administración, tema que no es atinente a nuestro trabajo de grado; pero por otra parte, siguiendo su criterio adoptado en reiterados fallos, la alta corporación de lo constitucional, concuerda en afirmar que el cargo que el actor trae a colación resulta infundado, al cuestionar el ejercicio limitado en el tiempo de funciones públicas por particulares, pues existen varias disposiciones de rango constitucional y legal que permiten el ejercicio permanente de funciones públicas por particulares; como son los casos de los notarios, los curadores urbanos, las cámaras de comercio, entre otros (analizados anteriormente).

Entendiendo así la norma en debate, no deben resultar cuestionadas las funciones permanentes del sector privado.

Empero de otro lado la institución establece la posibilidad de prorrogar indefinidamente los convenios que celebren los entes públicos con particulares que desempeñen funciones públicas de forma temporal, lo cual es contrario a la Constitución, pues de esta manera pierde el carácter de excepcional, volviéndose así funciones permanentes, por tal razón, el convenio debe tener una duración máxima de cinco años, situación que es acorde con el estatuto superior.

Anexo J. Ficha N. 10.

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PÚBLICO
SUBÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL**

COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA

- 1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA:** D (X)
- 2. NÚMERO DE SENTENCIA:** C (866) 99
- 3. FECHA DE LA SENTENCIA:** 03-11-99
- 4. MAGISTRADO PONENTE:** Dr. Vladimiro Naranjo Mesa
- 5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:**
 - Alejandro Martínez Caballero. Presidente
 - Antonio Barrera Carbonell.
 - Alfredo Beltrán Sierra.
 - Eduardo Cifuentes Muñoz.
 - Carlos Gaviria Díaz.
 - José Gregorio Hernández Galindo.
 - Fabio Morón Díaz.
 - Vladimiro Naranjo Mesa.
 - Álvaro Tafur Galvis.

6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO: No hubo salvamento de voto.

7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO: No hubo aclaración de voto.

8. VOTACIÓN: 9-0

9. ACTOR O ACCIONANTE: Luis Eduardo Montoya Medina.

10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE: PN (X)

11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Sí (X). El Procurador General de la Nación solicitó a la Corte la exequibilidad de las normas acusadas; porque tales disposiciones, precisan las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por particulares y los requisitos y procedimientos para conferirles y en ese sentido son un adecuado desarrollo de la Constitución.

12. INTERVINIENTES:

- El ciudadano Antonio Medina Romero, en representación del Departamento Administrativo de la Función Pública, intervino en el proceso para oponerse a la demanda; porque la colaboración de los particulares en el ejercicio de las funciones públicas no solo puede ser efectuado en las entidades del sector descentralizado de la administración, pues Colombia es un Estado Social de Derecho, sustentado, entre otros principios, en la democracia participativa. Además la constitución no impone límites al legislador en lo relativo a su facultad de establecer cuándo y en qué condiciones pueden los particulares cumplir funciones administrativas.
- El ciudadano Francisco Beltrán Peñuela, en representación del Ministerio del Interior, se opuso a las pretensiones de la demanda; porque las normas acusadas fijan las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas de conformidad con la facultad que otorga la constitución según el Art. 210.

13. PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL: No (X)

14. AUDIENCIA PÚBLICA: No (X).

15. OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES: no se presentó ninguna.

16. TEMAS:

- Ejercicio de Funciones Administrativas por Particulares desde la perspectiva de la axiología constitucional.
- Asignación de Funciones Públicas a los Particulares.
- Ejercicio de Funciones Administrativas mediante Acto o Convenio.

17. NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO: Acción Pública de Inconstitucionalidad contra las expresiones “disposición legal en contrario” inciso primero, y “si fuere el caso” del último inciso del artículo 110 y el primer inciso del numeral 1) literal a), la expresión “Si fuere el caso” del literal d), del numeral primero y la frase “si fuere el caso, cuyo plazo de ejecución será de cinco años prorrogables” del inciso 2º literal e) numeral 1) del Art. 111 de la ley 489 de 1998, “por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

18. DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD: E (X) el artículo 110 de la Ley 489 de 1998, salvo las expresiones “*disposición legal en contrario*” contenida en el primer inciso y “*si fuere el caso*”, contenida en el último, las cuales se declaran INEXEQUIBLES.

E (X) el artículo 111 de la Ley 489 de 1998, salvo las expresiones “*de los gobernadores y de los alcaldes, según el orden al que pertenezca la entidad u organismo*”, contenida en el numeral primero, y la expresión “*si fuere el caso*”, contenida en el numeral 2º de la norma, las cuales se declaran INEXEQUIBLES. El literal a) del numeral primero de este artículo, también se declara EXEQUIBLE.

ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-702 de 1999, en relación con la expresión “prorrogables”, contenida en el numeral 2º del artículo 111 de la Ley 489 de 1998.

19. ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA: La expresión “de los gobernadores y los alcaldes, según el orden al que pertenezca la entidad u organismo” del numeral 1º del artículo 111, es retirada del ordenamiento. Situación que genera un vacío legislativo que debe ser llenado por el Congreso de la República, prescribiendo una regulación que tenga en cuenta las competencias propias de las corporaciones públicas territoriales, conforme a la constitución.

Notificar, comunicar, cumplir, insertar en la Gaceta de la Corte Constitucional y archivar el expediente.

20. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

No es posible atribuir todo tipo de funciones administrativas a los particulares, ni estas se restringen solamente a las ejercidas por el sector descentralizado de la Administración (descentralización por servicios); porque tal atribución depende de los límites impuestos por la Constitución y por la ley. En

consecuencia, el artículo 110 al decir que *“las personas naturales y jurídicas privadas podrán ejercer funciones administrativas, salvo disposición legal en contrario, induce a confusión, pues puede llegarse a pensar que a los particulares se les puede atribuir todo tipo de funciones administrativas como regla general y como excepción se de una disposición legal en contrario. Por tanto, debe delimitarse expresamente la función atribuida a los particulares, para que no exista usurpación de funciones no concedidas, vaciamiento del contenido de la competencia de la autoridad atribuyente o la privatización indirecta del patrimonio público. (Literal a) Art. 111 de la ley 489-1998).*

Cuando se establece que una norma pueda deferir al acto jurídico la “regulación” de la atribución de funciones administrativas a particulares, y el señalamiento de las funciones específicas que serán encomendadas, no está trasladando la función legislativa a las autoridades ejecutivas, ni está poniendo en sus manos la potestad de determinar *“el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas”*, a lo que se refiere el artículo 123 superior en concordancia con el 210 ibídem, sino que se está refiriendo a la potestad administrativa de determinar de manera concreta y particular dichas condiciones en un caso individual dado, a partir del régimen señalado por el legislador, y para garantizar la efectividad del mismo. Esta regulación particular se lleva a cabo mediante la expedición del acto administrativo y un contrato, como lo señala el artículo 110.

La expresión “si fuere el caso” del último inciso del Art. 110, y el numeral 2° del artículo 111, al disponer que no siempre es necesario celebrar un convenio con los particulares para conferirles el ejercicio de funciones administrativas, otorga a las autoridades administrativas una facultad discrecional para imponer a los particulares unilateralmente dicho ejercicio, lo cual desconoce el principio de igualdad, puesto que sólo la ley o la Constitución pueden llevar a cabo la referida imposición unilateral, sin necesidad de aceptación expresa por medio de convenio. Si bien, como lo ha indicado esta Corporación *“para asignar funciones públicas a los particulares, la Constitución no exige que ellos expresen su consentimiento previamente”* por tanto, para conferir funciones administrativas a personas privadas mediante acto administrativo de carácter particular, no basta la expedición de dicho acto, sino que es necesario, suscribir con ellos un convenio mediante el cual expresamente se acepte la asignación de dicho ejercicio de funciones.

Si se dice (num. 1 Art. 111 ley 489 de 1998) que es necesaria la expedición de un acto administrativo sometido, en el caso de las entidades descentralizadas del nivel departamental o municipal, a la aprobación del gobernador o del alcalde, según el caso en cuanto a la fijación de los requisitos y el procedimiento que ha de seguirse para conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, desconoce las competencias constitucionales propias de las asambleas y los consejos municipales; ya que, estas tienen un

carácter administrativo, y a ellas corresponde reglamentar el ejercicio de las funciones de esta índole en el departamento o en el municipio, incluidas las del gobernador o el alcalde, conforme lo indican los artículos 299, 300 numeral 1°, 312 y 313 numeral 1° de la Carta.

B. DOCTRINA GENERAL:

Posibilidad de ejercicio de funciones administrativas por particulares. Tercer inciso del artículo 123 C.P, *“La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”*

De igual manera, el artículo 210 superior indica: *“Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”*

A su turno, el artículo 365 de la Carta referente a la prestación de los servicios públicos, prescribe: *“Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares.”*

Art. 113 de la Ley 489 de 1998, *“Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargados del ejercicio de funciones administrativas están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida.*

“Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas jurídicas privadas que hayan ejercido funciones administrativas, no podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado.”

Regulación de la función administrativa. Art. 110 *“la regulación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal, a la autoridad o entidad pública titular de la función”*),

“regular” según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, es *“determinar las reglas o normas a que debe ajustarse una persona o cosa”*⁵⁵.

C. DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

No hubo ninguna definición dogmática creada por la Corte en esta sentencia.

⁵⁵ Real Academia Española, DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Madrid Ed., Espasa Calpe, 1992.

D. PRINCIPALES REGLAS DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O “SUB REGLA”

Criterios para delimitar la atribución de funciones públicas a los particulares:

- Que se trate de funciones propiamente administrativas, más no de contenido político-gubernamental, legislativo o jurisdiccional que ocasionalmente ejercen las autoridades administrativas, pues no se refieren a ellas las normas constitucionales pertinentes.
- Prohibición constitucional de asignar ciertas funciones a particulares, por ser “exclusivas” de las autoridades administrativas, como las funciones que ejerce la Fuerza Pública, Art. 216. C-020 de 1996 M.P. Carlos Gaviría Díaz. *“En esos términos, el servicio público de policía está íntimamente ligado al orden público interno, y únicamente puede estar a cargo del Estado, a fin de garantizar su imparcialidad. Resulta además claro que a la prestación del servicio público de policía no pueden concurrir los particulares, y así lo precisa el artículo 216 de la Carta Política al estipular que “la Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”.*
- Cuando el constituyente deja al legislador señalar las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares, debe entenderse que el mismo legislador tiene atribuciones para restringir dicho ejercicio dentro de ciertos ámbitos. Así, la ley 489 de 1998, indica que si bien ciertas funciones administrativas son atribuibles a los particulares, *“el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función.”* Ley 489-98 Art. 10. Inc. 2.
- Art. 6° de la Carta, y que, según el aforismo jurídico *nemo dat quod non habet*, indica que las autoridades administrativas solamente pueden atribuir a los particulares las funciones que son de su competencia. La atribución de funciones administrativas que nunca han estado en cabeza de las autoridades administrativas, requiere de norma constitucional o legal expresa y directa, distinta de aquella que regula de manera general las condiciones de otorgamiento de la función administrativa a particulares. Como la norma que otorga a los notarios el ejercicio de la función fedante, o la disposición que atribuye a las cámaras de comercio el llevar el registro mercantil.
- No vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga. En efecto, la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias; ya que según el artículo 2° de la Constitución,

redundaría en la falta de causa final que justificara la investidura de las autoridades administrativas.

- La atribución del ejercicio de funciones administrativas mediante acto administrativo o convenio.

La acción de regular jurídicamente es asumida por las autoridades que determinan o profieren normas de derecho. En este sentido el legislador regula, pero también las autoridades administrativas hacen lo propio mediante actos administrativos unilaterales o bilaterales, pues ellos no persiguen otra cosa que producir efectos jurídicos, es decir someter al imperio de normas una situación o relación determinada.

La ley 489/98 determina el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, en los términos de los artículos 123 y 210 de la Constitución, esta sola circunstancia no la hace participar, de la naturaleza jurídica de “ley marco”. En efecto, dichas leyes señalan pautas generales que posteriormente son complementadas mediante regulaciones administrativas no particulares. Así pues, siendo que la ley 489 de 1998 no pretende establecer lineamientos generales que luego sean complementados por reglas administrativas de carácter no individual, es claro que no nos hallamos en presencia de una ley marco o cuadro, sino simplemente ante la regulación legal del régimen de los particulares que temporalmente desempeñan funciones públicas, las cuales deben ser atribuidas mediante actos administrativos y convenios, que fijarán, en cada caso particular, las condiciones y circunstancias de la atribución.

21. SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

No hubo ninguna.

22. DOCTRINA ADICIONAL (OBITER DICTUM):

Para garantizar la vigencia de los principios superiores que gobiernan el ejercicio de la función pública (Art. 209 de la Carta), el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, resulta también extensivo a los particulares que vayan a ejercer funciones administrativas.

A parte del control especial ejercido por la autoridad titular de la función, el control general al que se somete la actividad administrativa pesa igualmente, en todas sus modalidades, sobre el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares; en especial el control de legalidad y el control fiscal en los términos del artículo 267 de la Constitución Política. Incisos 2° y 3° del artículo 110.

El ejercicio gratuito de funciones administrativas por parte de los particulares, no desconoce los principios de dignidad humana y de igualdad que consagra la

Constitución. Se reitera la Sentencia C-091 de 1997 M.P. Jorge Arango Mejía *“Tampoco exige la Constitución que la ley establezca una específica retribución para el particular que ejerza funciones públicas. Al fin y al cabo, ésta es una forma de "participar en la vida política, cívica y comunitaria", que es uno de los deberes a que se refiere el artículo 95 de la Constitución. En el caso de los comerciantes que recaudan el impuesto al valor agregado (IVA), y en el de quienes, al hacer un pago, retienen en la fuente, la ley no ha previsto una retribución por tal gestión, porque ésta es, sencillamente, un deber de participación, conexo con la actividad que ellos desarrollan.*

“Cumplir así este deber, sin una específica retribución, no quebranta la justicia ni la equidad: por el contrario, las realiza, porque es una expresión de la solidaridad social. Y no puede afirmarse, en general, que el ejercicio de la función pública represente un perjuicio para el particular, porque no lo hay en el servicio a la comunidad. Sólo podría haberlo si la función asignada implicara una carga excesiva, desproporcionada, y contraria, por lo mismo, a la equidad y a la justicia.”

Por lo anterior si bien es cierto tales funciones pueden ser desarrolladas a título gratuito, ello no impide que las mismas puedan ser remuneradas. Queda librado a la facultad discrecional del legislador señalar cuándo establece una u otra condición.

23. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA.

En lo referente al fallo emitido por la corporación en este caso, consideramos que la jurisprudencia ha mantenido con respecto a los particulares que ejercen funciones públicas el criterio material que no atiende a la calidad o condición de quien actúa, sino a la función pública que le haya sido encomendada y al interés público que es inherente a ella; por tal motivo, cambia la concepción del artículo 6 Constitucional que limitaba a los particulares en ejercicio de funciones públicas a responder simplemente como particulares, pues actualmente se entiende que responden como si fueran servidores públicos, pero solamente en la función pública atribuida.

De otro lado, se da la posibilidad de que el legislador pueda fijar una retribución al particular que ejerce funciones públicas, ya que en principio el desempeño de esta

función es gratuito; lo cual nos parece acertado, pues es natural que cuando una persona presta un servicio merezca una contraprestación por el mismo.

En coincidencia con lo alegado por el actor, consideramos que no todo tipo de funciones pueden ser atribuidas a los particulares, de esta manera, la Corte entra a realizar el análisis correspondiente de la norma en controversia y consecuentemente le asiste razón al demandante, pues las funciones propiamente administrativas son las que pueden ser adjudicadas a los particulares, y no aquellas de contenido político o gubernamental, legislativo o jurisdiccional; al igual que no todas las funciones administrativas pueden ser adjudicadas, pues por mandato de la norma superior hay funciones que son asignadas a determinados entes o personas en forma exclusiva y restringida. Las limitaciones a la atribución de funciones administrativas se encuentran relacionadas en la Constitución Política y en la ley.

Así las cosas, la adjudicación a los particulares de funciones públicas debe regirse bajo los parámetros constitucionales y legales, delimitando de forma expresa la función a atribuir.

Entendido lo anterior, la ley en cuestión lo que hace es determinar el régimen aplicable a los particulares que temporalmente cumplen las mencionadas funciones.

Por último, también consideramos que el actor tiene razón (y la Corte también se lo asiste) en afirmar que las expresiones excluidas del ordenamiento jurídico se dan por la necesidad de celebrar convenios con los particulares para adjudicarles las funciones a desempeñar, y para no quebrantar los mandamientos constitucionales.

Anexo K. Ficha N. 11.

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PÚBLICO
SUBÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL**

COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA

- 1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA:** D (X)
- 2. NÚMERO DE SENTENCIA:** C (1142) 00
- 3. FECHA DE LA SENTENCIA:** 30-08-2000
- 4. MAGISTRADO PONENTE:** Dr. José Gregorio Hernández Galindo.
- 5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:**
 - Fabio Morón Díaz, Presidente.
 - Antonio Barrera Carbonell.
 - Alfredo Beltrán Sierra
 - Eduardo Cifuentes Muñoz.
 - Carlos Gaviria Díaz.
 - Alejandro Martínez Caballero.
 - José Gregorio Hernández Galindo.
 - Vladimiro Naranjo Mesa.

6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO: No hubo salvamento de voto.

7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO: No hubo aclaración de voto.

8. VOTACIÓN: 9-0

9. ACTOR O ACCIONANTE: Carlos Alberto Ariza Romero

10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE: PN (X)

11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Sí (X) El Procurador General de la Nación, pidió declarar la exequibilidad de la norma acusada, pues, el legislador tiene facultades amplias de determinar el régimen de incompatibilidades de los particulares que ejercen funciones públicas.

12. INTERVINIENTES:

- El ciudadano José Camilo Guzmán Santos, actuando en su calidad de apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho, solicitó a la Corte la exequibilidad del artículo 90 del Código de Comercio, en virtud de que las cámaras de comercio prestan un servicio público y, por lo tanto, la labor de sus empleados debe ser orientada por los principios que guían la función pública.
- El ciudadano Eugenio Marulanda Gómez, actuando en su calidad de ciudadano y presidente de la Confederación de Cámaras de Comercio, CONFEDECAMARAS, presentó escrito para coadyuvar la demanda instaurada, afirmando que las Cámaras de Comercio no son entidades públicas y por tal motivo sus relaciones laborales se rigen por el Código Sustantivo del trabajo.
- El ciudadano Carlos Eduardo Serna Barbosa, apoderado del Ministerio de Desarrollo Económico, solicitó la constitucionalidad del artículo impugnado. En virtud, de que, los argumentos del actor son precarios y no provocan consecuencias de fondo sobre su inexecutableidad.

13. PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL: No (X)

14. AUDIENCIA PÚBLICA: No (X).

15. OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES: No se presentó ninguna.

16. TEMAS:

- Función Pública a cargo de las cámaras de Comercio – Los conflictos de intereses.

- Función Administrativa – Cumplimiento.

17. NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO: Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 90 del Código de Comercio.

18. DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD: E (X) el artículo 90, salvo las expresiones “abogados, economistas y contadores” y “permanentes”, y las frases “y multa hasta de veinte mil pesos” y “una y otra las decretará el Superintendente de Industria y Comercio, todas las cuales se declaran Inexequibles IE (X)

19. ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA: Copiar, notificar, comunicar, insertar en la Gaceta de la Corte Constitucional, cumplirse y archivar el expediente.

20. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

- Prohibir el ejercicio de la actividad profesional, en asuntos particulares, a los abogados, economistas y contadores que perciban remuneración como empleados permanentes de las cámaras de comercio (Art. 90 del Código de Comercio) se acomoda a la Constitución Política, por cuanto las funciones de las cámaras de comercio, en especial en lo que toca con el registro mercantil, son de carácter público; no obstante su naturaleza privada; por tanto, no se opone al libre ejercicio de las profesiones (Art. 26 C.P.), pues esa garantía no impide que el legislador señale incompatibilidades para quienes ejercen función pública, y no se trata de una libertad absoluta; así mismo, tampoco se viola el derecho a la libertad de expresión (artículo 20 C.P.), el acceso a la cultura (Art. 70 C.P), ni se opone a ninguna de las garantías mínimas plasmadas en el artículo 53 de la Carta Política, ni se afecta el bloque de constitucionalidad en materia de trabajo.
- Es discriminatorio distinguir entre empleados permanentes y transitorios o temporales, toda vez que, si existe incompatibilidad para unos, debe existir para todos los que laboran para estas entidades, durante el tiempo de ejercicio del cargo, no importa si su vinculación es permanente o transitoria. Además se vulnera el principio de igualdad cuando la incompatibilidad contemplada en el artículo se circunscribe a ciertas profesiones, cuando los conflictos de intereses pueden darse respecto de todas ellas.
- Cuando se establece que la sanción por incurrir en la mencionada prohibición es decretada por el Superintendente de Industria y Comercio se le ha atribuido a dicho organismo administrativo que tiene a su cargo la vigilancia y control sobre las cámaras de comercio una función que constitucionalmente no corresponde al Presidente de la República, a cuyo nombre actúa (art. 189 C.P.), sino a las propias cámaras de comercio como

entidades privadas y en su calidad de empleadoras, las cuales, si se presenta la incompatibilidad consagrada, deben separar a su trabajador de las funciones públicas que viene desempeñando.

B. DOCTRINA GENERAL:

El artículo 123 de la Constitución señala *quiénes son servidores públicos* y consagra que ellos están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercen sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La norma agrega que "la Ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio".

Las *cámaras de comercio*, no obstante su naturaleza privada, cumplen funciones públicas de aquellas que corresponde ejecutar al Estado, pero que, en virtud de lo previsto en el artículo 210 C.P., también pueden ser desarrolladas por particulares, en los términos que señale la ley. En efecto, el inciso 2° del citado artículo constitucional consagra que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que la ley señale, trasladando al legislador la facultad de precisar en qué forma pueden las personas privadas desarrollar este tipo de funciones.

La *prohibición legal* del Art. 90 C.co. Se traduce, según el texto legal, en una incompatibilidad para el desempeño privado de su gestión por parte de los mencionados profesionales, mientras permanezcan en sus cargos, y también se concreta en las sanciones de destitución por mala conducta y multa hasta de veinte mil pesos, ambas impuestas por el Superintendente de Industria y Comercio.

C. DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

No hubo ninguna definición dogmática creada por la Corte en la Sentencia.

D. PRINCIPALES REGLAS DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O "SUB REGLAS":

El desempeño de funciones públicas por los particulares está sujeto al régimen fijado por la ley, a la que corresponde además, regular su ejercicio. Fue precisamente la ley, contenida en el Código de Comercio, la que consagró en el artículo 90 la incompatibilidad en cabeza de los abogados, economistas y contadores, por razón de la naturaleza de las funciones públicas que ejecutan las cámaras de comercio, en cuanto al desempeño de sus respectivas profesiones en forma paralela, pues, aparte de la distracción del tiempo que como empleados de tales instituciones debe ser

exclusivo, el legislador estimó apropiado impedir toda clase de conflictos entre el interés puramente privado y el público.

Así, no se obstruye el libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C.P.) porque, la libertad tiene por límites los derechos de los demás y el orden público, siendo evidente que aquí resultan preservados los derechos de todos aquéllos que tramitan asuntos ante las cámaras de comercio y que tienen derecho a ser tratados imparcial y objetivamente, a lo cual debe añadirse que al orden jurídico importa la transparencia y claridad que se garantice en el manejo del registro público de comercio.

Las funciones a cargo de las cámaras de comercio, contenidas en el artículo 86 del Código Mercantil, están relacionadas con la función pública del manejo del registro comercial, y en la solución de conflictos entre comerciantes o entre éstos y entidades estatales en virtud de contrataciones. Debido a que estos profesionales tienen acceso a todo tipo de información contenida en el registro mercantil, es natural que la ley previera, como lo hizo, la incompatibilidad, con el objeto de preservar el sano manejo de los asuntos en el interior de las cámaras, impidiendo a los trabajadores dedicados a esa función el ejercicio profesional particular por fuera de ellas.

21. SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Desde luego, la prohibición de que se trata debe referirse solamente a aquellos empleados que cumplan directamente labores relacionadas con la función pública del registro mercantil.

La norma debe leerse así: Artículo 90 "Los que perciban remuneración como empleados de las cámaras de comercio quedarán inhabilitados para ejercer su profesión en asuntos particulares mientras permanezcan en sus cargos, so pena de destitución por mala conducta".

22. DOCTRINA ADICIONAL:

En cuanto al cumplimiento de funciones administrativas, se reitera:

"Así las cosas, de las consideraciones anteriores se desprende con meridiana claridad que el desempeño de funciones administrativas por particulares, es una posibilidad reconocida y avalada constitucional y legalmente, y que esa atribución prevista en el artículo 210 de la Carta opera por ministerio de la ley y, en el caso de las personas jurídicas, no implica mutación en la naturaleza de la entidad a la que se le atribuye la función, que conserva inalterada su condición de sujeto privado sometido al régimen de derecho privado en lo atinente a la organización y desarrollo de las actividades anejas a su específica finalidad.

Empero, resulta ineludible precisar que las personas jurídicas privadas aunque estén esencialmente orientadas a la consecución de fines igualmente privados, en la medida en que hayan sido investidas de la facultad de ejercer funciones administrativas, participan de la naturaleza administrativa, en cuanto toca con el ejercicio de esas funciones, en cuyo desempeño ocupan la posición de la autoridad estatal gozando, por ende, de las prerrogativas del poder público y encontrándose, en consecuencia, sometidas a la disciplina del derecho público; de modo que los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que, según el artículo 209 Superior, guían el desarrollo de la función administrativa, les son por completo aplicables.

De otra parte, el régimen de derecho administrativo sujeta a la persona privada que cumple una función administrativa a la consiguiente responsabilidad y le impone el despliegue de una actuación ceñida a lo expresamente autorizado y permitido para la consecución de la específica finalidad pública que se persigue; ello se erige en una garantía para el resto de los asociados y justifica la operancia de los controles especiales que, normalmente, se ubican en cabeza de la administración pública (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-166 del 20 de abril de 1995. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara)

23. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

Compartimos el criterio que llevó al actor a solicitar la demanda de constitucionalidad del artículo 90 de la legislación comercial, pues es claramente visible que la tipificación, de que solo las personas con profesiones liberales como lo son los abogados, contadores y economistas, queden inhabilitados para ejercer su profesión en asuntos particulares mientras sean empleados permanentes de las cámaras de comercio, vulnera el derecho fundamental a la igualdad y por otro lado se observa una discriminación en cuanto a que la norma distingue entre empleados permanentes y transitorios o temporales, pues estimamos que de haber incompatibilidades deben ser establecidas para todas las profesiones en general.

Empero consideramos y en esto compartimos el criterio acogido por la institución constitucional, que la norma enjuiciada no se opone al libre ejercicio de las

profesiones, como lo aduce el actor, pues "...Esa garantía no impide que el legislador señale incompatibilidades para quien ejerce funciones públicas."

Por otro lado, la suma "20.000" estimamos que debió ser una gran suma de dinero para aquellos tiempos de expedición del Código de Comercio, pero que a la fecha no representa el mismo valor, por ende hizo bien la corporación en excluirla de nuestro ordenamiento.

En conclusión, nos acogemos al fallo constitucional de retirar de la legislación Nacional (norma demandada) las frases "Abogados, contadores y economistas", lo cual y según lo anteriormente establecido es acorde con la Constitución Política.

Anexo L. Ficha N. 12.

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PÚBLICO
SUBÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL**

COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA

1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA: D (X)

2. NÚMERO DE SENTENCIA: C (1508) 00

3. FECHA DE LA SENTENCIA: 08-11-00.

4. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Jairo Charry Rivas

5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:

- Fabio Morón Díaz, Presidente.
- Alfredo Beltrán Sierra
- Jairo Charry Rivas
- Carlos Gaviria Díaz
- José Gregorio Hernández Galindo
- Alejandro Martínez Caballero
- Cristina Pardo Schlesinger
- Álvaro Tafur Galvis
- Martha Victoria Sachica Méndez

- 6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO:** Ningún magistrado.
- 7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO:** Ningún magistrado.
- 8. VOTACIÓN:** 9-0
- 9. ACTOR O ACCIONANTE:** Sr. Jesús Pérez González Rubio.
- 10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE:** PN (X)
- 11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:** Sí (X), el Procurador General de la Nación solicitó a la Corte declarar exequible la norma demandada; porque la incompatibilidad contenida en la disposición, surge del Inc. 2 del artículo 127 de la Constitución Política, en la medida en que ella comprende a quienes ejercen autoridad civil o cargos con autoridad administrativa.
- 12. INTERVINIENTES :**
- El ciudadano Life Armando Delgado Mendoza, en representación del Ministerio del interior solicitó la declaratoria de constitucionalidad de la norma acusada; porque los notarios, si bien no son servidores públicos, ocupan la posición de autoridad estatal, por tanto la norma acusada se justifica en la medida en que con ella se busca proteger el interés que tiene la colectividad, de que todos sus actos sean ejecutados transparentemente, donde no haya acumulación de funciones poco conciliables que afecten la imparcialidad.
 - El apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho afirmó que la disposición acusada se ajusta a la Constitución; ya que, la incompatibilidad cuestionada, es una prohibición que impide legítimamente a los notarios la realización de ciertas actividades políticas, bajo el entendido de que el empleo de notario comporta el ejercicio de autoridad, impidiendo la confusión del interés privado del notario con el interés público.
 - El ciudadano Carlos Barbosa Malaver, en su condición de apoderado de la Superintendencia de Notariado y Registro solicitó la constitucionalidad de la norma acusada. En razón de que, si bien los notarios no son, en su sentido subjetivo, servidores públicos, objetivamente prestan un servicio público (dar fe pública), son autoridades, y su participación política es acentuada; por tanto si los notarios aspiran ser elegidos por una corporación popular, deben renunciar a su cargo a más tardar en la fecha de inscripción de su candidatura, pues en ese momento se inicia el proceso electoral, que implica la intervención en política.
- 13. PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL:** No (X)

14. AUDIENCIA PÚBLICA: No (X).

15. OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES: No se presentó ninguna.

16. TEMAS:

- Actividad Notarial- como servicio público / ejercicio de autoridad
- La Función Fedante
- Descentralización por colaboración
- Función pública ejercida por particulares

17. NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO: demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 960 de 1970 artículo 10 modificado por el artículo 21 de la ley 29 de 1973.

18. DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD: E (X)

19. ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA: Notificar, comunicar, cumplir, insertar en la Gaceta de la Corte Constitucional y archivar el expediente.

20. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

A. DOCTRINA DE CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

Pese a que los notarios son particulares que ejercen funciones públicas; es decir que no tienen una relación laboral con el Estado, no son servidores públicos, se puede establecer legalmente que su cargo es incompatible con toda intervención en política, sin perjuicio del derecho al sufragio; porque, al legislador se le ha dado tal facultad y además; porque el notario ejerce una función pública, que aunque no lo ubica en la posición de funcionario público, adquiere un compromiso especial con el Estado y la sociedad, como es el de obrar, con absoluta imparcialidad, en el ejercicio de sus funciones, la cual se vería comprometida con la intervención en política, en apoyo de sus condiciones partidistas.

Lo anterior, resulta conforme con la prohibición constitucional de los servidores públicos de participar en el debate político, pues dicha prohibición es tanto para quien detenta la calidad de funcionario público como para quien ejerce una función pública que atribuye autoridad, como lo es la función fedante.

B. DOCTRINA GENERAL:

Prohibición Constitucional de empleados públicos: se prohíbe a los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción,

autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, o se desempeñen en los órganos judicial, electoral y de control, el tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. Inc. 2º Art. 127 de la Constitución política; también, se prohíbe a los servidores públicos celebrar contratos con entidades públicas o personas privadas que administren recursos públicos. Inc 1º del mismo artículo.

La Constitución Política permite la prestación de servicios públicos a los particulares, bajo el control y regulación del Estado Art. 365; por su parte el Art. 210 establece que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que fije la ley.

Actividad notarial: la actividad notarial es un servicio público de conformidad con el Art. 131 C.P. pues constituye una labor destinada a satisfacer de manera continua y obligatoria, una necesidad de interés general, como es la función fedante, sometida a un régimen jurídico especial, sea prestada por el Estado o por los particulares.

Función fedante: la función fedante es la facultad del notario de dar fe, es una atribución de interés general propia del Estado, que aquel ejerce en su nombre por asignación constitucional, en desarrollo de la cooperación que el sector privado ofrece al sector público en virtud del fenómeno de la descentralización por colaboración.

Incompatibilidades de la función notarial: la función notarial es incompatible con el ejercicio de todo empleo o cargo público; con la gestión particular u oficial de negocios ajenos; con el ejercicio de la profesión de abogado; con el de los cargos de representación política; con la condición de ministro de cualquier culto, con el de los cargos de albacea, curador dativo, auxiliar de la justicia, con toda intervención en política, distinta del ejercicio del sufragio y, en general con toda actividad que perjudique el ejercicio de su cargo. Art. 10 decreto-ley 960 de 1970. Modificado por el Art. 21 de la ley 29 de 1973.

C. DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

No hubo ninguna definición dogmática creada por la Corte.

D. PRINCIPALES REGLAS DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O “SUBREGLAS”:

El notario cumple en desarrollo de sus actividades, funciones administrativas (dar fe pública) que aparejan potestades, que le han sido atribuidas por la ley. Ese poder o autoridad se traduce en una supremacía de su operador (notario) sobre quienes acuden al servicio notarial, de manera que estos quedan

vinculados jurídicamente con aquel dentro de una relación de subordinación (subordinación a las determinaciones que él imparta), para el ejercicio de sus derechos o la realización de las actividades que supone la prestación de un servicio.

“Es indudable que a los notarios en el cumplimiento de sus labores relacionadas con la fe pública les asiste el carácter de autoridades”. La Corte se expreso sobre este particular en la sentencia C-181/97.

“Si técnicamente no es válido sostener que los notarios son empleados del Estado, no cabe duda que objetivamente su situación ofrece evidentes similitudes con estos, como que también cumplen funciones de interés general y carácter público, ejercen por razón de ello autoridad y están obligados por lo mismo, a evitar que el ejercicio de cualquier otra función distinta a las que desempeñan, pueda comprometer el interés superior que éstos representan”.

“Si bien, quienes prestan el servicio notarial no son servidores públicos, difícil sería entender el conjunto de tareas que les han sido asignadas si actos de tanta trascendencia como aquellos en los que se vierte el ejercicio de su función no estuvieran amparados por el poder que, en nombre del Estado, les imprimen los notarios en su calidad de autoridades”.

Según el Art. 131 de la Constitución, el legislador tiene libertad de configuración normativa, facultades amplias para regular el servicio público notarial, y establecer el régimen de incompatibilidades al cual deben someter su conducta quienes la ejerzan, porque la Constitución solo se limita a señalar los elementos esenciales que identifican la función, algunos aspectos de régimen laboral de los empleados y consagra la obligación tributaria de que los notarios contribuyan con la administración de justicia.

21. SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

La Corte se permite aclarar, que el fundamento efectivo de la norma acusada, no se respalda propiamente en las previsiones del Art. 127 Constitucional, sino exactamente en el Art. 131 C.P, que aunque no señala un catálogo de prohibiciones para los notarios, le permite al legislador señalar el régimen de incompatibilidades por constituir estas un agregado necesario de la reglamentación del servicio público que prestan los notarios, según el artículo mencionado.

22. DOCTRINA ADICIONAL:

“Notas distintivas de la actividad notarial: 1) un servicio público, 2) de carácter testimonial, 3) apareja el ejercicio de una función pública, 4) a cargo de particulares en desarrollo del principio de descentralización por colaboración y 5) a quienes se les otorga la condición de autoridades. Es por estas connotaciones

que la actividad notarial está sujeta a un sistema normativo especial, y por las que el notario como gestor de dicha función, se le somete a reglas más exigentes en materia de inhabilidades que a otros particulares que también ejercen funciones públicas, pero que no tienen la importancia y trascendencia que conlleva la función fedante.

Esta función de dar fe es además claramente de interés general por cuanto establece una presunción de veracidad sobre los documentos y los hechos certificados por el notario, con lo cual permite un mejor desarrollo de la cooperación social entre las personas, en la medida en que incrementa la seguridad jurídica en el desenvolvimiento de los contratos y de las distintas actividades sociales”.

23.DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA

Acerca de la incompatibilidad que tienen los notarios, con el ejercicio de todo empleo o cargo público (artículo 10 Decreto 690 de 1.970) acierta la jurisprudencia de la corporación, en afirmar que la actividad notarial, es un servicio público de carácter testimonial, que apareja el ejercicio de una función pública a cargo de los particulares que ejercen dichas funciones.

El notario al ejercer una función pública, adquiere un compromiso especial con el Estado y con la sociedad, cual es el de obrar con absoluta imparcialidad, en el ejercicio de sus funciones, por ende, la prohibición contenida en la norma, se entiende que es aplicada a las personas que detentan la calidad de servidores públicos, como también a quienes ejerzan una función pública que atribuya autoridad.

Por otro lado la Corte al analizar el tema en cuestión, afirma que el notario ejerce una actividad complementaria a la del juez, afirmando que el primero previene los litigios que el segundo debe resolver; en nuestro criterio, no siempre es así, pues varias disposiciones de rango legal determinan que el juez también es llamado a prevenir litigios, realizando por ejemplo acuerdos conciliatorios antes de dar inicio a un trámite judicial.

Anexo M. Ficha N. 13.

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PÚBLICO
SUBÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL**

COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA

1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA: D (X)

2. NÚMERO DE SENTENCIA: C (233) 02

3. FECHA DE LA SENTENCIA: 04-04-02

4. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Alvaro Tafur Galvis.

5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:

- Marco Gerardo Monroy Cabra, Presidente.
- Jaime Araujo Rentarúa.
- Alfredo Beltrán Sierra
- Manuel José Cepeda Espinosa
- Jaime Córdoba Treviño
- Rodrigo Escobar Gil
- Eduardo Montealegre Lynett
- Álvaro Tafur Galvis
- Clara Inés Vargas Hernández

- 6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO:** No hubo salvamento de voto.
- 7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO:** No hubo aclaración de voto.
- 8. VOTACIÓN:** 9-0
- 9. ACTOR O ACCIONANTE:** Julián Alberto Clavijo Vanegas
- 10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE:** PN (X)
- 11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:** Sí (X), el Procurador General de la Nación, mediante concepto N°. 2704, del 30 de octubre de 2001, solicitó declarar la inexecutable de las normas demandadas; pues considera que los arts. 17 y 18 de la ley 678 de 2001 son extraños al espíritu de la acción de repetición, que tiene carácter eminentemente resarcitorio y patrimonial y, que además, atenta contra el principio de proporcionalidad de las sanciones que deben aplicarse a los servidores públicos y a los contratistas de la administración.

12. INTERVINIENTES:

- El ciudadano Ramiro Bejarano Guzmán participó en el proceso para coadyuvar la demanda presentada y solicitó la inexecutable de las normas demandadas, o en subsidio, su executable condicionada a que en ningún caso éstas tendrán efectos retroactivos. Pues el legislador hizo de un asunto estrictamente patrimonial, una causal de inhabilidad, propia del derecho disciplinario o penal, que nunca debió abordarse por la vía de una ley reglamentaria sino de una sobre el ejercicio de las funciones públicas.
- El apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho solicitó, a la Corte declarar la executable de las normas acusadas, porque si bien la acción de repetición es de carácter indemnizatorio no impide que el legislador consagre o señale consecuencias disciplinarias a la actividad desplegada por el servidor público causante del daño antijurídico, conforme con el Art. 124 de la Constitución Nacional.
- La doctora Sandra Morelli Rico, en atención a la designación efectuada por el presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, solicitó declarar la constitucionalidad de las normas acusadas; pues éstas, tienen el propósito de unificar en un solo cuerpo tanto las consecuencias patrimoniales como disciplinarias derivadas de la acción de repetición o del llamamiento en garantía con fines de repetición.

13. PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL: No (X)

14. AUDIENCIA PÚBLICA: No (X).

15. OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES: No se presentó ninguna.

16. TEMAS:

- La Responsabilidad del Servidor Público y del Particular que cumple Funciones Públicas en el Estado Social de Derecho.
- Diversas Manifestaciones de la Responsabilidad en el Cumplimiento de Funciones Públicas y los Principios Aplicables a todo Régimen Sancionador.
- Acción de Repetición – Desarrollo legal y Constitucional – Sanciones.

17. NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO: Demanda de Inconstitucionalidad contra los artículos 17 y 18 de la ley 678 de 2001 “por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”.

18. DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD: IE (X)

19. ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA: Notificar, comunicar, publicar e insertar en la Gaceta de la Corte Constitucional y archivar el expediente.

20. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

Al determinar el Art. 17 de la ley 678 de 2001 la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado (servidores públicos o particulares que ejerzan funciones públicas) a través de la acción de repetición o de llamamiento en garantía, con fines de repetición, mediante sanciones tales como: desvinculación del servicio, caducidad contractual e inhabilidad sobreviviente, entendidas sin perjuicio de las sanciones penales, disciplinarias y fiscales a que haya lugar con relación a los mismos hechos que dieron origen a la acción de repetición o el llamamiento en garantía, bajo el test de razonabilidad y proporcionalidad, no es equivalente a los beneficios que la disposición genera, dado el carácter redundante de dichas sanciones, a lo que se suma la vulneración del principio de igualdad en relación con la permanencia en el tiempo de la inhabilidad.

B. DOCTRINA GENERAL:

Responsabilidad del servidor público: “Artículo 17. *Desvinculación del servicio, caducidad contractual e inhabilidad sobreviniente.* El servidor, exservidor o el particular que desempeñe funciones públicas, que haya sido condenado en ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía, será desvinculado del servicio, aún si se encuentra desempeñando otro cargo en la misma o en otra entidad estatal, le será declarada la caducidad del o los contratos suscritos y en ejecución con cualquier entidad estatal y quedará inhabilitado por un término de cinco (5) años para el desempeño de cargos públicos y para contratar, directa o indirectamente, con entidades estatales o en las cuales el Estado tenga parte. En todo caso, la inhabilidad persistirá hasta cuando el demandado haya efectuado el pago de la indemnización establecida en la sentencia.

Estas disposiciones se entienden sin perjuicio de las consecuencias que se deriven del ejercicio de las acciones penales, disciplinarias y fiscales a que haya lugar en relación con los mismos hechos que dieron origen a la acción de repetición o al llamamiento en garantía”.

Acción de repetición: Art. 90 C.P. Inc. 2 es obligación del Estado repetir contra el agente que ocasionó, de manera dolosa o gravemente culposa, un daño antijurídico por el cual haya sido condenado, sin establecer ninguna otra consecuencia; sin embargo, el legislador tiene potestad para desarrollar el contenido de la carta política con la limitación de respetar los preceptos, principios y valores constitucionales.

C. DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

No hubo ninguna definición dogmática creada por la Corte en la Sentencia.

D. PRINCIPALES REGLAS DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O “SUB REGLAS”:

La desvinculación de que habla el Art. 17 de la ley 678 de 2001 que tienen lugar cuando se ha sido condenado en ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía con fines de repetición no se limita al cargo en ejercicio del cual se incurrió en culpa grave o dolo, sino que independientemente de la conducta asumida por el servidor en un nuevo cargo, es desvinculado de este último por el hecho de la condena en relación con su conducta anterior. Lo precedente al armonizarse con la sanción disciplinaria derivada de los mismos hechos que dieron lugar a la condena en el proceso de repetición contenidas en la ley 200 de 1995 (arts. 25, 28-4, 32) y en la ley 734 de 2002 (arts. 44, 45 y 48), también se consagra dicha sanción

por las faltas gravísimas (culpa grave o dolo) en que incurran los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones. Entonces, siendo que la misma persona puede ser objeto de la desvinculación por el texto atacado, como de la disciplinaria, esto resulta desproporcionado. Porque el fin perseguido por la norma en relación con la desvinculación del servidor que esté en un cargo diferente a aquel en el que incurrió en culpa grave o dolo, se cumple en el caso de la condena en el proceso disciplinario dando aplicación a las normas establecidas en el Código Disciplinario en materia de inhabilidades sobrevinientes (Art. 37).

La declaratoria de caducidad contractual que se ordena aplicar por el Art. 17 de la ley 678 de 2001, a los contratos suscritos y en ejecución, supongan o no el ejercicio de funciones públicas, genera una inhabilidad adicional a la establecida en la misma norma, circunstancia que configura una cadena de sanciones contraria a la constitución en concordancia con el Art. 8 de la ley 80 de 1993.

La inhabilidad para ejercer cargos públicos y para contratar con el Estado por un término mínimo de cinco años (Art. 17 ley 678 de 2001) es desproporcionada, porque la finalidad perseguida por la norma, encuentra ya en el ordenamiento jurídico varios instrumentos jurídicos para ser alcanzada y se vulnera el principio de igualdad; ya que, de acuerdo con los artículos 45 y 46 de la ley 734 de 2002 la sanción de destitución en el proceso disciplinario conlleva una inhabilidad por un término mínimo de 10 años y un máximo de 20 años.

En caso de que se declare fiscalmente responsable al servidor por los mismos hechos que dieron lugar a la condena en el proceso de repetición es aplicable la inhabilidad señalada en el párrafo 1 del Art. 38 de la ley 734 de 2002. Inhabilidades a la que debe sumarse la que se genera en materia penal en caso de haberse configurado un delito contra el patrimonio del Estado. (art. 122 C.P.); por lo cual la norma demandada resulta redundante.

21. SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

No hubo ninguna.

22. DOCTRINA ADICIONAL:

En el marco de responsabilidad y de cooperación entre el Estado y los particulares la Constitución establece además la posibilidad de que éstos participen en el ejercicio de funciones públicas; así, el Art. 123 C. P. señala que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, al tiempo que el artículo 210 constitucional señala que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

Tomando en cuenta estos preceptos, esta Corte ha aceptado que como expresión auténtica del principio de participación los particulares sean encargados del ejercicio directo de funciones administrativas. Así en la sentencia C-866 de 1999, luego de recordar los antecedentes contenidos en las sentencias C-166 de 1995 y C-316 de 1995, se expresa, en torno del contenido de los artículos 123, 210 y 365 de la Constitución Política:

“...resulta claro que la asunción de funciones administrativas por los particulares es un fenómeno que, dentro del marco del concepto de Estado que se ha venido consolidando entre nosotros, no resulta extraño, sino que más bien es desarrollo lógico de esta misma noción.

Resulta oportuno señalar, que el tema de la asunción de funciones administrativas por parte de los particulares al que se viene haciendo alusión, no debe confundirse con el tema de la privatización de ciertas entidades públicas. En efecto, la privatización es un fenómeno jurídico que consiste en que un patrimonio de naturaleza pública, es enajenado a particulares, de tal manera que se trueca en privado. La privatización comporta un cambio en la titularidad de ese patrimonio, que siendo estatal, pasa a manos de los particulares, y debe aquella responder a políticas que miran por la realización de los principios de eficiencia y eficacia de la función pública y enmarcarse dentro de los criterios del artículo 60 de la Carta.

La atribución de funciones administrativas a particulares hecha por las autoridades, no conlleva, en modo alguno, cambio en la titularidad del patrimonio estatal. Significa simplemente la posibilidad dada a aquellos de participar en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la ley y los reglamentos”.

En el sistema jurídico colombiano la responsabilidad del servidor público tiene diferentes manifestaciones que se derivan de la necesidad de proteger de manera específica diferentes bienes jurídicos.

Así ha de tomarse en cuenta que el universo del derecho sancionador no se limita al derecho disciplinario y al derecho penal a los que generalmente se hace referencia. Como lo ha señalado la jurisprudencia⁵⁶, este derecho es una disciplina compleja que recubre diferentes regímenes sancionatorios con características específicas, pero sometidos todos a unos principios de configuración claros destinados a proteger las garantías constitucionales ligadas al debido proceso.

Al respecto cabe recordar a título de ejemplo el análisis efectuado por la Corte en relación con el régimen sancionatorio en materia administrativa. Así al examinar

⁵⁶ Sentencia C-827/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis. Así mismo ver la Sentencia 51 de la Corte Suprema de Justicia, del 14 de abril de 1983, MP Manuel Gaona Cruz, citada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-214 de 1994, MP Antonio Barrera Carbonell.

algunas competencias atribuidas al Banco de la República esta Corporación señaló lo siguiente:

“5.1.2. En la doctrina se postula, así mismo, sin discusión que la administración o las autoridades titulares de funciones administrativas lo sean de potestad sancionadora y que ésta en cuanto manifestación del ius puniendi del Estado está sometida a claros principios generalmente aceptados, y en la mayoría de los casos proclamados de manera explícita en los textos constitucionales. Así, a los principios de configuración del sistema sancionador como los de legalidad (toda sanción debe tener fundamento en la ley), tipicidad (exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras) y de prescripción (los particulares no pueden quedar sujetos de manera indefinida a la puesta en marcha de los instrumentos sancionatorios), se suman los propios de aplicación del sistema sancionador, como los de culpabilidad o responsabilidad según el caso –régimen disciplinario o régimen de sanciones administrativas no disciplinarias- (juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor de un delito o falta⁵⁷), de proporcionalidad o el denominado non bis in ídem” C- 827/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis.*

23. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

En lo referente a la norma demandada, consideramos que las sanciones tipificadas en ella, están encaminadas al cumplimiento de los objetivos que constitucional y legalmente busca la función pública. Pero es de aclarar como lo estipula la corporación, en la interpretación de la misma, que carece de todo fundamento mantener vigente la norma en cuestión, pues existen otros medios para alcanzar los fines perseguidos por ella, es así como la legislación disciplinaria tipifica las clases de sanciones atribuibles a tales personas, las define y establece su procedimiento. Por tal razón, la ley en mención resulta redundante y por otro lado carece de proporcionalidad, a la luz del juez constitucional, pues la norma restringe los derechos de las personas a las que se dirige, clarificando de esta manera la prelación de normas jurídicas que adjudiquen alternativas menos gravosas y onerosas en términos de limitación de derechos que se encuentran protegidos bajo la esfera constitucional.

* Juan Alfonso Santamaría Pastor. Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. Tomo II. Segunda Edición. 2000.

⁵⁷ Ramón Parada Vásquez. Derecho Administrativo. Tomo I Marcial Pons. Madrid 1996. Luis Morell Ocaña. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II “La actividad de las administraciones públicas. Su control administrativo y jurisdiccional”. Arandazi. Madrid. 1996.

Anexo N. Ficha N. 14.

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PÚBLICO
SUBÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL**

COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA

- 1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA:** D (X)
- 2. NÚMERO DE SENTENCIA:** C (094) 2003
- 3. FECHA DE LA SENTENCIA:** 11-02-03.
- 4. MAGISTRADO PONENTE:** Dr. Jaime Córdoba Triviño
- 5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:**
 - Dr. Eduardo Montealegre Lynnet
 - Jaime Araujo Rentería
 - Alfredo Beltrán Sierra
 - Manuel José Cepeda Espinosa
- 6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO:** Ningún magistrado.
- 7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO:** Ningún magistrado.
- 8. VOTACIÓN:** 4-0
- 9. ACTOR O ACCIONANTE:** Señor Néstor Iván Osuna Patiño
- 10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE:** PN (X)

11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Sí (X), El Procurador General de la nación solicitó la declaratoria de exequibilidad de la norma acusada; porque los contratos de prestación de servicios únicamente pueden celebrarse dentro de los términos generales establecidos en el numeral tercero del artículo 32 de la ley 80 de 1.993, por lo tanto no es cierta la vulneración del principio de legalidad planteada por el actor.

12. INTERVINIENTES:

- A través de apoderado, la Auditoria General de la República, solicita se declare la exequibilidad de la norma acusada, pues el actor se equivoca cuando plantea la vulneración del derecho a la igualdad, pues tanto en el sector privado como en el público se aplica el principio de contrato realidad y si cualquier empresa del sector salud, acude a la figura del contrato de prestación de servicios tratando de ocultar una relación de trabajo y así reducir sus costos de operación, en caso de ser demandada quedara obligada al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales causadas.
- El Director del Hospital San Rafael solicita la declaratoria de inexecuibilidad de la norma acusada porque impide que se de cumplimiento a los mandatos constitucionales sobre la salud establecidos en el artículo 49 de la Constitución, si se prohíbe la celebración de contratos de prestación de servicios de tiempo completo como lo hace la norma demandada, y se obliga a los Hospitales a contratar una nomina permanente, se atenta contra los derechos de la salud y la vida.

13. PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL: No (X)

14. AUDIENCIA PÚBLICA: No (X).

15. OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES: la sentencia no es firmada por todos los magistrados que integran la corporación, además, el presidente de la Corte Dr. Eduardo Montealegre Lynett tampoco firma, por cuanto le fue aceptado impedimento para intervenir en la decisión.

16. TEMAS:

- Celebración de contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas.
- Particulares en Ejercicio de Funciones Públicas.

17. NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO: Demanda la inexecuibilidad contra el numeral 29 del artículo 48 de la ley 734 de 2002 “por el cual se expide el Código Único Disciplinario”

18. DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD: E (X)

19. ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA: Notificar, comunicar, cumplir, insertar en la gaceta de la Corte Constitucional y archivar en el expediente.

20. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI)

Al afirmarse que constituye falta gravísima la celebración de contratos de prestación de servicios en ejercicio de funciones públicas, que requiera dedicación de tiempo completo e implique subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, no significa que la falta se cometa por el solo hecho de suscribir uno de tales contratos, pues tal, es un proceder lícito al que el Estado puede acudir para el cumplimiento de los fines constitucionales, por el contrario, se consuma la falta cuando bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios, se genera una relación laboral, pues ese es el proceder que resulta contrario a las exigencias constitucionales y legales referidas a la contratación estatal, al régimen laboral y al régimen presupuestal de las entidades públicas.

B. DOCTRINA GENERAL:

Según el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1.993, son contratos de prestación de servicios los que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo pueden celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personas naturales, o con personal de planta, o requieran conocimientos especializados.

Acorde a la anterior definición dada por la ley, debe tenerse en cuenta que los contratos de prestación de servicios según el artículo 32 de la ley 80 de 1993, tienen por objeto el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad, por otra parte, la falta disciplinaria consagrada en el artículo 48, numeral 29 de la ley 734 se tipifica por suscribir irregularmente contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas.

Por otro lado esos contratos deben sujetarse a las condiciones fijadas por la constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional para el ejercicio de funciones administrativas por particulares, pues a través de ese tipo de actos no se puede llegar a desplazar la organización permanente de la administración pública, para tal efecto, es indispensable el contenido de los artículos 123 y 210 superiores, de acuerdo con los cuales, "la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen

funciones públicas y regulará su ejercicio”, y “los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”.

C. DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

Sobre el concepto de prestación de servicios la Corte se pronunció de la siguiente manera:

El contrato de prestación de servicios, es un contrato estatal que tiene como objeto una obligación de hacer, que se caracteriza por la autonomía e independencia del contratista, que tiene una vigencia temporal y no genera prestaciones sociales por tratarse de un contrato estatal y no de una relación laboral.

D. PRINCIPALES REGLAS DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O “SUB REGLAS”.

La corporación establece que la falta disciplinaria se comete en un ámbito más limitado que el inherente a los contratos de prestación de servicios, pues mientras estos giran en torno a actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad, los contratos que generan la falta no son los que se relacionan con tales actividades sino únicamente los que tienen por objeto el cumplimiento de funciones públicas o administrativas.

Acorde a lo anterior, la falta disciplinaria consagrada por la disposición demandada no está determinada por la sola suscripción de un contrato de prestación de servicios sino por el desconocimiento de la normatividad relativa a la contratación estatal, a la función pública y al régimen laboral de los servidores públicos y por la consecuente generación de relaciones laborales irregulares y de tratamientos laborales diferenciados. De este modo si los contratos de prestación de servicios constituyen un instrumento legítimo al que puede acudir la administración para la realización de sus fines, su sola celebración no tiene porque constituir falta disciplinaria, pues ella solo se tipifica cuando concurren las irregularidades establecidas en el tipo correspondiente.

Además, el ámbito de aplicación de la norma demandada no está determinado por todo el espectro de contratos de servicios, sino únicamente por aquellos que tienen por objeto el cumplimiento de funciones públicas o administrativas.

No se debe perder de vista, que el objetivo de la norma en cuestión es evitar la suscripción de contratos de prestaciones de servicios en cumplimiento de funciones administrativas, y hacerlo desconociendo su índole de contrato estatal para encubrir relaciones laborales, que ignorando los procedimientos

legítimos de acceso a la función pública, generan nóminas paralelas y lesionan los derechos de los trabajadores.

21. SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

No hubo ninguna.

22. DOCTRINA ADICIONAL:

No se presentó ninguna doctrina adicional relevante para el caso en concreto.

23. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGUIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA

Es importante, en primer lugar tener claridad sobre el contrato administrativo de prestación de servicios, por tal motivo se establece lo siguiente, de conformidad con el Dr. Jairo Villegas⁵⁸:

a. Procedencia constitucional y legal del contrato administrativo de prestación de servicios:

Para que el contrato administrativo de prestación de servicios sea válido y conforme a la Constitución Nacional y a la ley debe contener lo siguiente:

- Solo puede celebrarse con personas naturales (L. 80/93, Art. 32 num. 3^o): está regla se explica por el carácter que tiene el ejercicio de la función administrativa, cual es ser un contrato *intuitu personae*, que por regla general se rige por el derecho laboral; pero en cuanto toca con la materia administrativa el régimen que debe seguirse es el de la contratación administrativa.
- Requiere conocimientos especializados (L. 80/93, Art. 32, num. 3). Se trata de labores extraordinarias o diferentes a las relacionadas con el ejercicio ordinario y permanente de la función administrativa. El contrato del cual se habla debe originarse por circunstancias especiales, específicas, ocasionales o accesorias que hagan estrictamente necesario la actividad de una persona con conocimientos especializados de tipo intelectual.

⁵⁸ VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral. Tomo I, Principios, estructura y relaciones individuales, tercera edición. Legis. Bogotá, 1998.

- Son particulares que temporalmente desempeñan funciones públicas (C.N. Art. 123, Inc. 3º) Esta regla se justifica por el carácter temporal que tiene el contrato administrativo de prestación de servicios que es auxiliar al ejercicio permanente de la función pública. Por ello, la ley administrativa laboral ordena que para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes.
- En ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones de carácter permanente (D.L. 2400/68, Art. 2 Inc. Final).
- Se suscribe el contrato administrativo de prestación de servicios cuando las actividades especializadas y ocasionales no puedan realizarse con personal de planta (L. 80/93. Art. 32, num. 3º). Constitucionalmente la planta de personal y los empleos que demande la administración deben estar determinados (Art. 189 num. 14), conforme al principio según el cual *todo empleo público se requiere que esté contemplado en la respectiva planta de personal (Art. 122)*.
- La omisión a tal principio genera responsabilidad civil por omisión, penal por prevaricato por omisión y disciplinaria, para la autoridad, y por ningún motivo puede entenderse que la falta de determinar la planta de personal, se considera como una autorización para celebrar cualquier clase de contrato administrativo de prestación de servicios, bajo la circunstancia de suplir dicha planta y no bajo las reglas anteriormente explicadas, convirtiendo el carácter permanente de la planta de personal en un contrato transitorio del contrato administrativo de prestación de servicios.

Diferencia esencial entre la relación laboral y el CAPS⁵⁹:

- La relación laboral se caracteriza por la concurrencia de tres elementos esenciales tales como: actividad personal, continuada subordinación del trabajador hacia el empleador quien, por tal motivo tiene el poder de imponerle ordenes e instrucciones sobre la forma como debe realizar su trabajo y por último la remuneración. Cuando se den esos elementos es indudable que se está en presencia de un contrato laboral, independientemente de la forma o denominación que en el escrito del contrato haya impuesto el Estado al trabajador; pues siempre debe atenderse al principio de la realidad.
- “Preferentemente, el principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia (...), en los casos en que se haya optado

⁵⁹ Ibid.

por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará a la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Está primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al estado mismo” (C. Const., Sents. C-555/94 y C-154/97)

- La relación del CAPS, es de resultado y no de medio como la relación laboral, pues solo importa el producto final contratado, sin que sea relevante ni la actividad personal, ni la continuada subordinación, por ello no existen órganos ni reglamentos para los CAPS, las personas que gozan de un contrato administrativo de prestación de servicios son autónomas en cuanto a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor según las estipulaciones acordadas.

Por tanto, no es posible confundir el contrato administrativo de prestación de servicios con el contrato laboral; porque como se vio, los elementos de cada uno de tales contratos son diferentes.

Por otra parte, consideramos que acertadamente la corte declara que el artículo demandado está de acuerdo con el estatuto superior, pues de no ser así, es decir, de no considerar como falta gravísima la celebración de contratos de prestación de servicios que cumplan funciones públicas; los cuales requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía del contratista, a nuestro parecer estaría cubriendo verdaderas relaciones laborales, y por tal razón, estos “contratistas” tendrían derecho a sus prestaciones sociales pues realmente lo que se configura es un contrato individual de trabajo.

Ahora bien, le damos razón a la corporación, cuando dice que el legislador al clasificar este tipo de conductas como una falta gravísima, debido a la proliferación de estas prácticas en el campo administrativo; se realiza con el objetivo; tanto de que sean sancionadas tales faltas, como de prevenir que sean cometidas dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Anexo O. Ficha N. 15.

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PÚBLICO
SUBÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**

**FICHA PARA EL ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL**

COMPILADA POR EL DOCTOR HERNÁN A. OLANO GARCÍA

1. TIPO DE PROCESO QUE GENERA LA SENTENCIA: D (X)

2. NÚMERO DE SENTENCIA: C (037) 03

3. FECHA DE LA SENTENCIA: 28-02-03

4. MAGISTRADO PONENTE: Dr. Álvaro Tafur Galvis.

5. MAGISTRADOS QUE INTEGRARON LA SALA:

- Eduardo Montealegre Lynett, presidente
- Jaime Araujo Rentería.
- Alfredo Beltrán Sierra.
- Manuel José Cepeda Espinosa.
- Jaime Córdoba Triviño.
- Rodrigo Escobar Gil.
- Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Álvaro Tafur Galvis.
- Clara Inés Vargas Hernández.

- 6. MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO:** No hubo salvamento de voto.
- 7. MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO:** No hubo aclaración de voto.
- 8. VOTACIÓN:** 9-0
- 9. ACTOR O ACCIONANTE:** Oscar Antonio Márquez Buitrago
- 10. CATEGORÍA A LA QUE PERTENECE:** PN (X)
- 11. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:** Sí (X), el Procurador General de la Nación, solicitó declarar la exequibilidad de las normas demandadas.
- 12. INTERVINIENTES:**
- El representante de la Colombiana Jurisprudencia, solicitó a la Corte la declaratoria de inconstitucional de las normas acusadas.
 - El jefe de la Oficina Asesora de Control Disciplinario Interno de la Alcaldía Mayor de Bogotá consideró que la situación puesta a consideración fue objeto de pronunciamiento por la Corte en Sentencias C-417 de 1993 y C-037 de 1996, por lo que debe estarse a lo allí resuelto.
 - El representante de la Federación Colombiana de Municipios, contradice los cargos elevados por el actor.
- 13. PRUEBAS SOLICITADAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL:** No (X)
- 14. AUDIENCIA PÚBLICA:** No (X).
- 15. OTRAS PARTICULARIDADES PROCESALES:** No se presentó ninguna.
- 16. TEMAS:**
- La Responsabilidad del Particular que cumple Funciones Públicas en el Estado Social de Derecho.
 - Los Particulares como Destinatarios de la ley Disciplinaria y la Evolución Jurisprudencial en la Materia.
 - Función pública y servicio público en la Constitución. Imposibilidad de hacer equivalentes el ejercicio de funciones públicas y la prestación por un particular de un servicio público.
- 17. NORMA OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO:** Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 17, 46, 53, 93, 143, 160, 165 (parciales) de la Ley 734 de 2002 *“por la cual se expide el Código Disciplinario*

Único” y contra el artículo 115 (parcial) de la Ley 270 de 1996 “Estatutaria de la Administración de Justicia”

18. DECISIÓN EN MATERIA DE CONSTITUCIONALIDAD:

- ESTAR A LO RESUELTO en la sentencia C-948/02 en la que se declaró la inexecutable de las expresiones “*La Procuraduría General de la Nación*” y “*a prevención*” contenidas en el tercer inciso del artículo 3 de la Ley 734 de 2002.
- ESTAR A LO RESUELTO en la sentencia C-948/02 en la que se declaró la executable de la expresión “*que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las Universidades reconocidas legalmente*” contenida en el artículo 17 de la Ley 734 de 2002.
- ESTAR A LO RESUELTO en la sentencia C-948/02 en la que se declaró la executable de la expresión “*pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente*” contenida en el primer inciso del artículo 46 de la Ley 734 de 2002, bajo el entendido que se aplica exclusivamente cuando la falta sea la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado, conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política.
- ESTAR A LO RESUELTO en la sentencia C-1076/02 en la que se declaró la executable de la expresión “*Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva*” contenida en el segundo inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 bajo el entendido que la falta le fuere imputable por el incumplimiento de los deberes funcionales.
- ESTAR A LO RESUELTO en la sentencia C-1076/02 en la que se declaró la executable de la expresión “*Los estudiantes de los Consultorios Jurídicos, podrán actuar como defensores de oficio en los procesos disciplinarios, según los términos previstos en la ley 583 de 2000*” contenida en el artículo 93 de la Ley 734 de 2002.
- ESTAR A LO RESUELTO en la sentencia C-1076/02 en la que en relación con la expresión “*para proferir fallo*” contenida en el numeral 1° del artículo 143 de la Ley 734 de 2002 la Corporación se refirió a lo resuelto en la Sentencia C-181/02 que declaró executable la misma expresión contenida en el numeral 1 del artículo 131 de la Ley 200 de 1995.
- ESTAR A LO RESUELTO en la sentencia C-1076/02 en la que se declaró la executable de la expresión “*las demás notificaciones se harán por estado*” contenida en el cuarto inciso del artículo 165 de la Ley 734 de 2002.

- ESTAR A LO RESUELTO en la sentencia C-1076/02 en la que se declaró la exequibilidad del quinto inciso del artículo 165 de la Ley 734 de 2002 con excepción de la expresión “*de ser necesario*”, que fue declarada inexecutable en dicha sentencia.
- Declarar la INEXEQUIBILIDAD IE (X) de las expresiones “*Distrital de Bogotá*” y “*Distrital*” contenidas en el artículo 160 de la Ley 734 de 2002.
- Declarar la EXEQUIBILIDAD E (X) de las expresiones “*y se surtirá con el primero que se presente*” y “*el procesado*” contenidas en los incisos segundo y tercero del artículo 165 de la Ley 734 de 2002, exclusivamente por el cargo planteado en la demanda.
- Declarar EXEQUIBLE E (X) la expresión “*que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales*” contenida en el primer inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002.
- Declarar la EXEQUIBILIDAD E (X) de la expresión “*presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política*” contenida en el primer inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, bajo el entendido de que el particular que preste un servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y éstas sean asignadas explícitamente por el Legislador.

19. ORDEN A LA AUTORIDAD PÚBLICA: Notificar, comunicar, publicar e insertar en la Gaceta de la Corte Constitucional y archivar el expediente.

20. TESIS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

A. DOCTRINA DEL CASO CONCRETO (RATIO DECIDENDI):

La circunstancia de que se asignen a los particulares el ejercicio de funciones públicas, no modifica su condición de particulares ni los convierte por ese hecho en servidores públicos; sin embargo es natural que el ejercicio de esas funciones públicas implique un incremento en los compromisos que estos adquieren con el Estado y con la Sociedad. Así pues, en el cumplimiento de labores de interventoría en los contratos estatales, al particular contratista se le atribuye el ejercicio de una función pública y de esta manera resulta aplicable la ley disciplinaria.

Empero debe aclararse que la posibilidad de desempeñar funciones públicas por particulares se predica no solo de las personas que se vinculan con el Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión en un cargo, sino también de los particulares que taxativamente se encuentran contemplados en la Constitución y las leyes nacionales.

La corporación ha establecido en múltiples circunstancias que en virtud del desarrollo del principio de igualdad, corresponde al legislador, otorgar el mismo tratamiento jurídico a todas aquellas situaciones fácticas que puedan ser comparadas, así como establecer las correspondientes diferenciaciones cuando se trate de situaciones fácticas disímiles.

Ahora bien, aplicar un tratamiento legislativo diferente, no implica per se una violación del principio de igualdad siempre y cuando sea objetivo y razonable; es de esta manera que la Corte acude al test de igualdad para verificar la legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad del trato diferenciado a la luz de la Constitución.

B. DOCTRINA GENERAL:

De conformidad con el artículo 165 del Código Disciplinario Único el pliego de cargos se notifica personalmente al procesado o a su apoderado si lo tuviere.

Si dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación no se ha presentado el procesado o su defensor, se procederá a designar defensor de oficio con quien se surtirá la notificación personal.

De acuerdo con el numeral 1 del artículo 26 del mismo estatuto los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto del contrato y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

A la luz del artículo 33 de la Ley 142 de 1994 el particular que presta un servicio público domiciliario podrá responder disciplinariamente de sus actos dado que en esas circunstancias el particular ejerce respecto de las potestades que se le atribuyen una función pública, que como tal queda sometida al control disciplinario.

Por otro lado el artículo 53 de la ley 80 señala que los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueran imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivadas de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría.

Así mismo el artículo 56 de la misma ley señala que para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades

estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

C. DEFINICIONES DOGMÁTICAS CREADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL:

No hubo ninguna definición dogmática creada por la Corte en la Sentencia.

D. PRINCIPALES REGLAS DE SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESE DERECHO O “SUB REGLAS”:

Así las cosas, solamente en la medida en que pueda concluirse que el particular interventor de un contrato estatal cumple una función pública, cabría considerar que en relación con él, el Legislador puede establecer la aplicación del régimen disciplinario.

Téngase en cuenta que el interventor, como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, podrá exigir al contratista la información que estime necesaria; efectuará a nombre de la administración las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato de que se trate adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en el, es decir que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

Ha de tenerse en cuenta, sin embargo que, como también ya se explicó, el particular que presta un servicio público puede excepcionalmente ser encargado del ejercicio de determinadas potestades inherentes al Estado, en cuanto estas resulten necesarias para dicha prestación y estén respaldadas en una habilitación expresa de la ley. Entonces en ese caso, el particular que presta un servicio público podrá ser sujeto del poder disciplinario respecto del ejercicio de dichas potestades y ello en relación con cualquier servicio público en que dicha habilitación de funciones públicas haya sido establecida.

21. SALVEDADES PROPIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

En el presente caso, lo que procede es la declaratoria de exequibilidad condicionada de la disposición acusada, “presten servicios públicos a cargo del estado, de los contemplados en la carta magna de 1.991, contenida en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, bajo el entendido de que el particular que preste un servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que

implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y éstas sean asignadas explícitamente por el legislador.

22. DOCTRINA ADICIONAL:

En cuanto al régimen disciplinario aplicable a los particulares que ejercen funciones públicas se toman en cuenta las consideraciones hechas por la sentencia 286 de 1996 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, y la sentencia 866 de 1999 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, al establecer que tal particular debe ser analizado desde un punto de vista material y no subjetivo, en virtud de lo cual, lo que importa es que el particular efectivamente esté ejerciendo una función pública, para poderlo juzgar disciplinariamente.

23. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, SEÑALANDO SUS ACIERTOS Y SUS DEBILIDADES Y SUGIRIENDO LAS LÍNEAS MÁS FAVORABLES PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA:

En concordancia con los últimos análisis realizados por la Corporación referente a la legislación disciplinaria aplicable a los particulares en ejercicio de funciones públicas y, siendo este fallo una recopilación de las sentencias anteriormente realizadas por la corte, respecto del tema en cuestión, el control disciplinario establecido por la Constitución se encuentra claramente delimitado por el ejercicio de funciones públicas, sean ellas ejercidas por servidores públicos o excepcionalmente por particulares de conformidad con el estatuto superior.

Por tal razón, en lo referente a la responsabilidad disciplinaria que pueda recaer sobre los particulares, acertadamente la corporación, ha señalado que el criterio a seguir para establecer si un particular puede ser sujeto o no de responsabilidad disciplinaria esta dado por la función que ejecute, en razón de lo cual si realiza una función pública es considerado como destinatario de la ley disciplinaria; y para el caso de los contratistas además de ejercer una función pública la relación con el Estado debe derivarse de una especial subordinación con el, para que sea posible la aplicación del régimen disciplinario.

Finalizando nuestro análisis, conforme a la jurisprudencia constitucional, consideramos que la corporación reitera su postura en lo referente a las funciones públicas ejercidas por los particulares, pues la sentencia aquí analizada unifica los fallos anteriormente realizados por la Corte, creando así, el criterio a seguir y la interpretación que es debida de las normas referentes al tema en mención para que de esta manera no sea vulnerado ningún mandato constitucional.

ANEXOS SEGUNDA PARTE

Anexo A. Encuesta.

La siguiente es una gráfica que esquematiza una encuesta realizada durante el año 2003 a estudiantes de la facultad de derecho de noveno y décimo semestre de la Universidad de la Sabana, la Universidad del Rosario y la Universidad Católica, las dos últimas universidades fueron escogidas al azar, mientras que la primera fue seleccionada en razón de que es la universidad a la cual pertenece el grupo de investigación.

La encuesta fue elaborada con el fin de verificar si había claridad con respecto al problema jurídico de la presente investigación; sin embargo este trabajo de campo no tuvo por objeto medir el nivel de conocimiento del tema en toda la ciudad, ni mucho menos en todas las universidades de Bogotá, por tal motivo los datos que arrojó este trabajo pueden cambiar si se pretende hacer un estudio más amplio.

La encuesta, simplemente pretende mostrar el comportamiento de un pequeño sector de la comunidad académica. Fueron escogidos los últimos semestres de la facultad de derecho, puesto que según los programas académicos, la materia de derecho administrativo o derecho constitucional, materias en las cuales es pertinente abordar el tema en estudio ya habían sido cursadas o estaban en ese proceso.

En promedio se encuestaron 66 estudiantes de cada universidad, alrededor de 33 estudiantes por semestre, que en total fueron doscientas personas. La encuesta consistió en darles un formato de la misma, a los estudiantes al salir de las aulas de clase para que respondieran con una X la siguiente pregunta: ¿cuál es el régimen jurídico de responsabilidad aplicable a los particulares que ejercen funciones administrativas? Pregunta para la cual se daban las siguientes respuestas: a) Responden de la misma forma que los particulares, por tener tal naturaleza; b) Responden de la misma forma que los servidores públicos, en virtud de la función pública que ejercen y; c) No saben o no responden. Además se hizo una pregunta de criterio en la cual los encuestados debían decir si consideraban importante o no estudiar el tema en cuestión.

La encuesta dio los siguientes resultados: 110 personas optaron por la respuesta a); 50 personas respondieron b); y 40 personas no sabían o no respondieron.

Lo anterior, muestra el desconocimiento que hay sobre el tema o la falta de claridad al respecto; lo cual es preocupante; puesto que más del 50% de los encuestados en un futuro, no sabrían que hacer o darían una errónea solución al caso que se les presente, que tenga que ver con esta investigación o más concretamente con el problema jurídico planteado. Esto además, impulsó al grupo de investigación a edificar una obra que sirviera de herramienta a dichos estudiantes, elaborada bajo conceptos claros y concisos.

En cuanto a la pregunta de si consideraban importante conocer el tema, hubo respuestas varias, pero la mayoría de los estudiantes considera importante que se den más bases sobre la materia, puesto que podrían trabajar en empresas o entidades en donde se ejercieran funciones públicas. En este punto es necesario que los estudiantes conozcan quiénes son los particulares que ejercen funciones públicas en la actualidad en Colombia, para poder diferenciarlos de otros particulares o entidades privadas que no cumplen dichas funciones y por tanto no se les aplica el régimen jurídico estudiado en este escrito.

Por tal razón sería conveniente que se profundizará un poco más sobre este tema en los programas de derecho constitucional o administrativo, o se mencionara la presente investigación para solucionar las dudas que hayan al respecto.

Anexo B. Formato Encuesta

ENCUESTA UNIVERSIDAD DE LA SABANA

Para medir el nivel de conocimiento del tema: “particulares que ejercen funciones administrativas”

Fecha:

Marque con una X las siguientes preguntas:

Universidad a la que pertenece: Sabana () Rosario () Católica ()

Semestre que cursa: Noveno () Décimo ()

Ahora responda: ¿Cuál es el régimen jurídico de responsabilidad aplicable a los particulares que ejercen funciones administrativas? :

- A. () Responden de la misma forma que los particulares, por tener tal naturaleza según la primera parte del artículo 6 de la Constitución Política que dice: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”.

- B. () Responden de la misma forma que los servidores públicos, en virtud de la función pública que ejercen y por tanto ser responsables, tanto de la infracción a la constitución y a la ley, como de la omisión o extralimitación de sus funciones. Segunda parte del Art. 6 de la Constitución Política.

- C. () No saben o no responden.

Considera importante conocer el tema: Si () No () por qué:

Anexo C. Gráfica encuesta

**¿CÚAL ES EL RÉGIMEN JURÍDICO
APLICABLE A LOS PARTICULARES QUE
EJERCEN FUNCIONES ADMINISTRATIVAS?**

