



Función Pública

Concepto 88461 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000088461

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000088461

Fecha: 03/03/2020 11:06:59 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: FUNCIÓN PÚBLICA. Ejercicio de funciones públicas por particulares. Radicación No.20202060035692 de fecha 29 de Enero de 2020.

En atención al escrito de la referencia, mediante el cual consulta cuando se entiende cuando un particular tiene a su cargo funciones públicas, cuando son administrativas, dichas funciones administrativas le pueden adelantar procedimientos de carácter sancionatorio, en caso de un particular que es un ente de carácter privado, pero de naturaleza y participación mixta está obligado a ejercer tales funciones puede efectuar cobros por servicios asignados, me permito manifestarle lo siguiente:

Frente al ejercicio de funciones públicas por particulares, la Constitución Política de 1991 consagra:

“ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

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 ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez, en sentencia con radicado número: ACU-1016 del 18 de noviembre de 1999, determinó la diferencia entre función pública y servicio público, así:

“La Función Pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines.

(...)

El Servicio público es una actividad que desarrolla la Administración, en forma directa o delegada, con el objeto de satisfacer las necesidades de los administrados, esto es: el interés general.

Por tanto, son diferentes los conceptos de función pública y servicio público.

Así lo ha señalado reconocida parte de la doctrina.

En efecto, Roberto Dromi sobre el punto dice:

“funciones públicas. Atañen a la defensa exterior, para resguardo de supremas necesidades de orden y paz y a la actuación del derecho, para la tutela de los propios valores jurídicos como orden, seguridad y justicia. (...)”

“Servicios públicos: Se refieren a prestaciones o servicios de interés comunitario, que no son de forzosa ejecución estatal directa.

De conformidad con lo expuesto, resta concluir que la prestación del servicio público de educación por los particulares, no comporta el ejercicio de funciones públicas, en cuanto no corresponde al desarrollo de competencias atribuidas a los órganos o servidores del Estado.

(...)

La Sala en reciente providencia dictada dentro del expediente Acu 798 señaló las diferencias entre función pública y servicio público; manifestó:

‘El manejo que generalmente se hace de la función pública se ha reducido exclusivamente al ámbito del derecho administrativo, para significar la relación que une al servidor público con la administración, y en tal sentido entonces se entiende, con carácter totalmente restringido como, el conjunto de regímenes de administración laboral aplicables a las personas que prestan sus servicios al Estado, cuando es lo cierto que, el concepto de función pública tiene una connotación mucho mayor.

En efecto, función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares; pero, ‘es de señalar que la función pública significa una actividad de Estado que no puede jamás concebirse como análoga a la de un particular, aun cuando se tratara de una empresa’; por manera que no resulta acertado deducir que toda prestación de un servicio público comporta el ejercicio de función pública, aunque, en ocasiones, bien puede existir coincidencia entre el ejercicio de ésta y la prestación de aquél ().

Sobre el particular, la doctrina inclusive tiene precisada la diferencia existente entre función pública y servicio público, que, si bien son dos figuras próximas en el ámbito del derecho público, cada una de ellas posee su propia caracterización y tipificación que las diferencia entre sí, ‘esta distinción procede de la doctrina italiana y fue elaborada frente a la pretensión inicial de que «toda tarea administrativa es constitutiva de servicios públicos» hoy ya desechada. No obstante, puede decirse que la función pública participa en todo caso del poder del Estado, y que es de carácter siempre jurídico, mientras que el servicio público es de carácter material y técnico y en muchas de sus manifestaciones no puede utilizar el poder público (por ejemplo, y en la mayoría de los casos, para imponer coactivamente su utilización”

Conforme lo señala el Consejo de Estado, función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares.

Desde el mismo artículo 123 de la Constitución Política advirtió el constituyente que el desempeño de funciones públicas puede estar a cargo de los servidores públicos o de los particulares, distinguiéndose los unos de los otros en que, por ejemplo, los servidores públicos lo hacen de manera permanente, en tanto que los particulares lo hacen en forma temporal o transitoria, e igualmente porque dentro de la categoría servidores públicos quedan comprendidos “los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”, mientras que los particulares prestan el servicio, con apego a unas precisas funciones públicas que le han sido temporalmente asignadas, como así lo indica el artículo 116 de la Constitución frente a quienes son “investidos transitoriamente de la función de administrar justicia

De lo anteriormente analizado frente a sus dos primeros interrogantes se puede concluir y en criterio de esta Dirección Jurídica los particulares pueden desempeñar temporalmente funciones públicas, el régimen aplicable y las funciones serán determinadas por la ley.

Ahora bien frente a su tercer interrogante el proceso administrativo sancionatorio es el mecanismo mediante el cual el Estado ejerce el poder punitivo que la Constitución y la ley le otorgan, a través de las entidades administrativas que determina para llevar a cabo funciones de inspección, vigilancia y control, algunos de ellos como la superintendencia de industria y comercio, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima), etc.; para que impongan a los administrados una sanción proporcional a la acción u omisión de los deberes y/o obligaciones legales a las cuales están sometidos según el sector en el que actúen.

Por lo tanto, al realizar una función pública al mismo le pueden adelantar procesos sancionatorios sin importar si es de manera provisional.

Frente a su consulta si está obligado a someter los procedimientos sancionatorios que adelante en las normas previstas en los artículos 47 y seguidos de la ley 1437 de 2011 el cual establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 47. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.

Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado. Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso.

Los investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.”

Conforme lo anteriormente citado se infiere que las actuaciones administrativas de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el código disciplinario único se sujetaran a las disposiciones de esa parte del Código, ahora bien, los procedimientos sancionatorios que el particular adelante conforme las funciones administrativas serán los que determine la Ley.

En cuanto a los cobros por servicios al público derivados de las funciones administrativas que le fueron asignadas, los mismos estarán regulados por lo que determine la Ley como se analizo anteriormente.

Finalmente, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link “Gestor Normativo” donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Christian Ayala

Revisó: Jose Fernando Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:59:32