



Concepto 122071 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000122071

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000122071

Fecha: 08/04/2021 09:58:11 a.m.

Bogotá D.C.,

REFERENCIA: FUNCIÓN PÚBLICA- Generalidades. DECLARACIÓN JURAMENTADA DE BIENES Y RENTAS- Obligatoriedad y presentación. RAD. 20212060106722 del 26 de febrero de 2021.

Por medio del presente, y en atención a su consulta, en la que solicita se le dé respuesta a una serie de preguntas, relacionadas con la implementación del literal f) del Artículo 2 de la Ley 2013 de 2019. Estas preguntas son:

1. *¿Qué es 'prestar función pública'?*
2. *¿Qué diferencia existe entre 'prestar' una función pública y 'ejercer' una función pública? ¿Son sinónimos o existe una diferencia? Agradezco brindar ejemplos.*
3. *¿Qué diferencia hay entre prestar una función pública y prestar un servicio público?*
4. *¿Quiénes son los sujetos que 'prestan una función pública'?*
5. *¿Cuándo la norma menciona 'personas naturales... públicas... que presten función pública', se refiere a los servidores públicos en general?*
6. *De manera clara y concreta, aclarar quienes son los obligados estipulados en este literal f)*

Me permito darle respuesta, teniendo en cuenta que el Artículo 123 de la Constitución Política de 1991 establece:

"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."

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado, pueden clasificarse como miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado. Así como que, los particulares pueden desempeñar temporalmente funciones públicas y el régimen aplicable y la regulación de su ejercicio será determinado por la ley.

Así mismo, el Artículo 2 de la Ley 909 de 2004 establece:

"Principios de la función pública.

1. *La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad". (Subraya propia).*

Al respecto, la Corte Constitucional mediante sentencia C-593 de 1998 con Magistrados Ponentes Dr. Antonio Barrera Carbonell y Dr. Carlos Gaviria Díaz determinó:

“En sentido amplio la noción de función pública 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 un sentido restringido se habla de función pública, referida 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).

(...) Es función pública, como dice Maggiore, toda actividad que realice fines propios del Estado, aunque la ejerzan personas extrañas a la administración pública.

En esta perspectiva la función pública se valora objetivamente, haciendo abstracción de quienes la ejercen o son investidos de ella, y considerando que por esta vía el sujeto que la ejerce participa o colabora en la realización de las funciones y cometidos del Estado.

Para efectos de dicha valoración, poco interesa que dichas funciones se ejerzan en forma temporal o permanente, porque las normas de la Constitución regulan ambos tipos de situaciones, como se deduce de la preceptiva de los Artículos 123, 131, 210, 246 y 365 de la Constitución”.

En este mismo sentido, mediante sentencia C-185 de 2019 con Magistrado Sustanciador Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez, se estableció sobre la función pública:

“6.9. Distinción entre servicio público y función pública

6.9.1. Tanto el Constituyente como el legislador han consagrado que los servicios públicos no constituyen, en principio, un ejercicio de la función pública. En efecto, la Constitución reguló lo relacionado con los servicios públicos en el título XII que refiere al régimen económico y la hacienda pública, mientras que lo relativo a la función pública se encuentra en el capítulo II del título V, denominado de la “organización del Estado”. Lo anterior, desde en una perspectiva eminentemente formal, permite afirmar que la Carta entiende a ambos fenómenos como materias diferentes y, por ello, dispuso que debían ser reguladas en apartes distintos del Texto Superior.

(...) En este contexto, y según lo expuesto, se puede concluir que la Constitución y el legislador han definido que la prestación de los servicios públicos no conlleva, en principio, el ejercicio de una función pública. Esta distinción se soporta no solo en la separación formal que sobre su régimen se realiza en los textos ya señalados, sino también en el hecho de que la prestación de los servicios públicos se modificó con la Carta de 1991, con un esquema de liberalización, en el que su ejecución puede quedar a cargo del Estado, de comunidades organizadas o de particulares, en condiciones de competencia y con la aplicación de un régimen de igualdad, en los términos en que se defina por el legislador.

(...) Por lo demás, el hecho que la Constitución señale que los servicios públicos son inherentes a las finalidades sociales del Estado (CP art. 365) no es razón suficiente para considerar que envuelven una función pública, pues tal alusión lo que significa es que, por vía de la intervención o de la regulación, se debe asegurar su prestación eficiente, general y de acceso para todas las personas.

(...) ‘Las anteriores referencias permiten señalar que no resulta entonces asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público. // El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado.

Debe recordarse así mismo que como se desprende del Artículo 365 superior, la actividad de prestación de los servicios públicos no es únicamente del Estado, y que bien puede éste decidir dejarla en manos de los particulares, no obstante que la regulación, control y vigilancia de dichos servicios le corresponda ejercerla directamente y con exclusividad (arts. 189.22, 365, 370).

(...) No sobra precisar, que conforme al aparte final del Artículo 365 superior, cuando el Estado se reserva para sí la prestación exclusiva de un servicio público, previa la indemnización de las personas que en virtud de la ley que así lo determine queden privadas del ejercicio de una actividad legítima, el particular que eventualmente llegue a prestar ese servicio por decisión del mismo Estado, por el solo hecho de dicha prestación, o de la sola celebración de un contrato de concesión para el efecto, tampoco ejercerá una función pública. Solamente en caso [de] que la prestación haga necesario el ejercicio por parte de ese particular de potestades inherentes al Estado, como, por ejemplo, señalamiento de conductas, ejercicio de coerción, expedición de actos unilaterales, podrá considerarse que este cumple en lo que se refiere a dichas potestades una función pública’

Como se advierte de la sentencia en cita, si bien el servicio público implica la existencia de una actividad que, prestada en forma regular y continua, entraña un interés público o social, en el que su prestación puede quedar a cargo de entidades públicas, comunidades organizadas o particulares, lo que habilita que esté sometida a la regulación, control y vigilancia del Estado, esta última circunstancia no la convierte en

una función pública, pues ella se manifiesta esencialmente a través de mecanismos que envuelven y requieren el ejercicio de potestades públicas, lo que significa, en general, el desenvolvimiento de la autoridad o *ius imperium* que le es inherente al Estado.

(...) 6.9.2. Ahora bien, como lo ha admitido la jurisprudencia de esta Corporación, la función pública también describe la relación que se establece entre el Estado y las personas que le prestan sus servicios y que, por tal consideración, adquieren la condición de funcionarios públicos o, como lo dispone la Carta de 1991, de servidores públicos (CP arts. 123 y 125). Sobre el particular, en la Sentencia C-681 de 2003, este Tribunal manifestó que:

'La función pública es la reglamentación que se hace de la manera como debe desenvolverse la relación laboral entre el empleado y el Estado en todos los elementos que necesariamente enmarcan la situación de cada una de las partes, precisando las condiciones de ingreso, permanencia y retiro del servicio, los deberes y derechos de unos y otros así como las responsabilidades, sistemas de control, régimen disciplinario y prestacional y demás aspectos que se desprenden de la naturaleza de esa relación o que por definición legal hacen parte de ella'.

La evolución en el tipo de vínculo que se genera con el Estado fue descrita en el mismo fallo en mención, al sostener que:

'Las personas naturales que ejercen la función pública establecen una relación laboral con el Estado y son en consecuencia funcionarios públicos. Desde el punto de vista general, la definición es simple. Sin embargo, existen diversas formas de relación y por consiguiente diferentes categorías de funcionarios públicos.

(...) La progresiva comprensión de la unidad del Estado a través de la interrelación de los tres poderes públicos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial ha permitido establecer la categoría común de servidores públicos para incorporar en ella a todas las personas que ejercen la función pública'.

(...) En conclusión, el concepto de función pública admite su asimilación, en ciertos casos, con el desenvolvimiento de potestades públicas, y en otros, con el ingreso de manera formal a un cargo creado por el Estado, de acuerdo con los requisitos previstos en la Constitución y la ley, a través de una vinculación legal o reglamentaria, con el fin de atender y satisfacer los intereses generales de la comunidad"

En este orden de ideas, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con Consejera ponente Dr. María Elena Giraldo Gómez, en sentencia con radicado ACU-1016 del 18 de noviembre de 1999 definió a la Función Pública como:

"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'.

(...) 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(...)'

(...) 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 con lo anterior, se evidencia que la función pública puede ser vista desde 3 perspectivas. La general que corresponde a las actividades que se encuentran exclusivamente en cabeza del Estado. La del recurso humano, que son todas las acciones desempeñadas por los funcionarios públicos, como representantes del Estado. La de relación laboral, entre el Estado como empleador y los servidores públicos en su condición de subordinados.

Por tanto, la función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la obtención de sus fines, la cual podrá por expresa delegación legal o por concesión, ser desarrollada temporalmente por particulares, ello acontece cuando la labor del particular sobrelleva la asunción de prerrogativas propias del poder público. Así mismo, la función pública tiene una naturaleza constitucional y se rige por los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.

Ahora bien, y en atención a sus dos primeros interrogantes, no se evidenció referencia alguna en las normas o en la jurisprudencia a que exista una diferencia legal entre los términos *prestar* y *ejercer* función pública. Sin embargo, es importante destacar lo dispuesto en el Artículo 28 del Código Civil: *“las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”*. Así, para la Real Academia de la Lengua Española- RAE *prestar* significa:

“1. Entregar algo a alguien para que lo utilice durante algún tiempo y después lo restituya o devuelva. 2. Ayudar, asistir o contribuir al logro de algo. 3. Dar o comunicar. 4. Tener u observar. 5. Aprovechar, ser útil o conveniente para la consecución de un intento. 6. Dar de sí, extendiéndose. 7. Ofrecerse, allanarse, avenirse a algo. 8. Dar motivo u ocasión para algo”

Por su lado, *ejercer* puede significar: *“1. Practicar los actos propios de un oficio, facultad o profesión. 2. Hacer uso de un derecho, capacidad o virtud. 3. Realizar sobre alguien o algo una acción, influjo. 4. Poner en práctica formas de comportamiento atribuidas a una determinada condición”*

De esta forma, si se toma el significado de la RAE para *prestar*, cuando se *presta* función pública, se podría afirmar que se otorga el desempeño de funciones públicas de manera transitoria con la expectativa de que esta potestad del ejercicio de dichas funciones sea “devuelta” al otorgante. Por su parte, con la definición de *ejercer*, el ejercicio de la función pública se efectúa porque se tiene la capacidad o potestad para realizarla. En conclusión, se puede afirmar que más allá de una diferencia semántica, a la luz de la normativa actual en Colombia, los términos *prestar* y *ejercer* función pública se pueden entender como sinónimos.

En relación a su tercera pregunta, teniendo en cuenta los pronunciamientos ya citados de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, la principal diferencia entre *prestar* una función pública y *prestar* un servicio público, es que en la primera participa el poder del Estado, y es de carácter siempre jurídico, mientras que la segunda es de carácter material y técnico y en muchas de sus manifestaciones no puede utilizar el poder público.

De esta forma, y como ya se mencionó anteriormente, la función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la obtención de sus fines, y el servicio público es una actividad que desarrolla la Administración, en forma directa o delegada y su objetivo es satisfacer el interés general. En este mismo sentido, la Corte Constitucional mediante sentencia C-037 de 2003 expresó: *“el servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a particulares. La función pública se manifiesta a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de autoridad inherente del Estado”*.

Por su parte, la Ley 2013 de 2019 consagra:

“ARTÍCULO 2. Ámbito de aplicación. La publicación y divulgación de la declaración de bienes y rentas, del registro de conflictos de interés y la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios, serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados:

(...) f) Las personas naturales y jurídicas. públicas o privadas, que presten función pública, que presten servicios públicos respecto de la información directamente relacionada con la prestación del servicio público;

(...) PARÁGRAFO 1. La publicación de esta información será requisito para posesionarse, ejercer y retirarse del cargo. A quienes no aplica el ingreso y retiro del cargo, será requisito antes, durante y al término del ejercicio de la función pública, prestación de servicios públicos o administración de bienes o recursos públicos.

PARÁGRAFO 2. Las personas naturales o jurídicas que reciban o intermedien fondos o beneficios públicos territoriales y nacionales y no cumplan ninguno de los otros requisitos para ser considerados sujetos obligados, sólo deberán cumplir con la presente ley respecto de aquella información que se produzca en relación con fondos públicos que reciban o intermedien” (Subraya propia)

Respecto a su cuarto y sexto interrogante, y de acuerdo con las sentencias anteriormente citadas, para establecer si se ejerce funciones públicas, es necesario verificar la naturaleza jurídica de la actividad desarrollada, en cuanto las funciones públicas se manifiestan como la exteriorización de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo la expedición de actos unilaterales, que deciden situaciones que afectan a terceros o la imposición coercitiva de una decisión a un tercero.

De acuerdo con lo anterior, para dar respuesta a su quinta pregunta y en consecuencia a lo expuesto a lo largo de este texto, cuando en el literal f) del Artículo 2 de la Ley 2013 de 2019 dice: “personas naturales, públicas que presten función pública”, si bien se refiere a los servidores públicos de manera general, no lo hace de manera exclusiva. Pues la función pública puede ser ejercida por personas distintas a los servidores, pues el ejercicio de la misma no es exclusivo de ellos.

En caso de requerir mayor información o de tener dudas sobre la aplicación de dicha ley puede comunicarse con la profesional, Alejandra Aguirre, de la Dirección de Participación, Transparencia y Servicio al Ciudadano a través del teléfono 7395656 Ext. 637 o al correo electrónico maguirre@funcionpublica.gov.co.

Finalmente, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el COVID - 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Andrea Liz Figueroa

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:19:08