



Concepto 188781 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000188781

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000188781

Fecha: 28/05/2021 10:53:52 a.m.

REF.: EMPLEO. Naturaleza del empleo ¿Particulares adquieren calidad de servidores públicos cuando la entidad a la que se encuentran vinculados celebra contratos con el Estado y maneja recursos públicos? ¿Se convierten en este hecho en particulares que ejercen funciones públicas? RADICADO: 20212060441542 del 24 de mayo de 2021.

Acuso recibo de su comunicación, mediante la cual manifiesta que en el año 1998 una persona natural se vinculó como auditor interno en una Caja de Compensación, mediante contrato laboral y que dicha Caja celebró contratos con la Secretaría Distrital de Salud y con otros entes territoriales para la administración de recursos del Régimen Subsidiado, por lo que pregunta lo siguiente:

1. ¿Los particulares, en este caso, la Caja de Compensación adquieren la calidad de servidores públicos en razón a que la naturaleza del contrato celebrado por la Caja de Compensación conlleva la transferencia de funciones públicas?
2. ¿El auditor de esa Caja de Compensación es considerado servidor público en ese caso a pesar de que no celebró directamente el contrato ni tenía la representación legal de la Caja de Compensación, ni la autoridad para ordenar o autorizar pargos con los recursos públicos que administraba la Caja?
3. ¿Es posible afirmar que aunque la Caja de Compensación es una entidad privada, al contratar con el Estado para administrar recursos del régimen subsidiado de salud, todos sus empleados se convierten en particulares que ejercen funciones públicas?

Al respecto, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Inicialmente, debe recordarse que el Artículo 123 de la Constitución Política, dispone:

“ARTÍCULO 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.”

Por su parte, la Ley 489 de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las 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, señaló respecto del ejercicio de funciones administrativas por particulares:

“ARTÍCULO 110. CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS POR PARTICULARES. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE y apartes tachados INEXEQUIBLES> Las personas naturales y jurídicas privadas podrán ejercer funciones administrativas, salvo disposición legal en contrario, bajo las siguientes condiciones:

La regulación, 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 la que, en consecuencia, deberá impartir las instrucciones y directrices necesarias para su ejercicio.

Sin perjuicio de los controles pertinentes por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular.

Por motivos de interés público o social y en cualquier tiempo, la entidad o autoridad que ha atribuido a los particulares el ejercicio de las funciones administrativas puede dar por terminada la autorización.

La atribución de las funciones administrativas deberá estar precedida de acto administrativo y acompañada de convenio, si fuere el caso.

ARTÍCULO 111. REQUISITOS Y PROCEDIMIENTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y CONVENIOS PARA CONFERIR FUNCIONES ADMINISTRATIVAS A PARTICULARES. Las entidades o autoridades administrativas podrán conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, bajo las condiciones de que trata el Artículo anterior, cumpliendo los requisitos y observando el procedimiento que se describe a continuación:

1. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Expedición de acto administrativo, decreto ejecutivo, en el caso de ministerios o departamentos administrativos o de acto de la junta o consejo directivo, en el caso de las entidades descentralizadas, que será sometido a la aprobación del Presidente de la República, o por delegación del mismo, de los ministros o directores de departamento administrativo, de los gobernadores y de los alcaldes, según el orden a que pertenezca la entidad u organismo, mediante el cual determine:

a) <Literal CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Las funciones específicas que encomendará a los particulares;

b) Las calidades y requisitos que deben reunir las entidades o personas privadas;

c) Las condiciones del ejercicio de las funciones;

d) La forma de remuneración, si fuera el caso;

e) La duración del encargo y las garantías que deben prestar los particulares con el fin de asegurar la observancia y la aplicación de los principios que conforme a la Constitución Política y a la ley gobiernan el ejercicio de las funciones administrativas.

2. <Apartes tachados declarados INEXEQUIBLES> La celebración de convenio, si fuere el caso, cuyo plazo de ejecución será de cinco (5) años prorrogables y 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 teniendo en cuenta los principios establecidos en la Ley 80 de 1993 para la contratación por parte de entidades estatales.

Pactar en el convenio las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias, una vez seleccionado el particular al cual se conferirá el ejercicio de las funciones administrativas.”

Ahora bien, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-866 de 1999, estudió la constitucionalidad de las normas precitadas, donde señaló:

7.1 A partir de un criterio orgánico, la función administrativa es aquella que está atribuida al gobierno, entendiendo la palabra “gobierno” como la rama Ejecutiva del poder público. De manera general puede decirse entonces, desde este punto de vista, que el contenido de la función administrativa o ejecutiva son las actividades del poder Ejecutivo. Sin embargo, en los sistemas de gobierno presidenciales, como el nuestro, el órgano Ejecutivo tiene a la cabeza al presidente de la República, quien, al contrario de lo que ocurre en otros sistemas de gobierno, ejerce a la vez funciones de jefe de Estado, de jefe de Gobierno y de suprema autoridad administrativa (art. 115 de la Constitución Política). La Teoría General del Estado enseña que el presidente de la República, como jefe de Estado, simboliza y representa la unidad nacional, dirige las relaciones internacionales, defiende la integridad territorial y dirige la fuerza pública, entre otras, al paso que como jefe de Gobierno ejerce funciones como el liderazgo político del Estado y la dirección de la economía. Sin embargo, todas estas funciones no son propiamente administrativas, sino políticas o gubernamentales y, en cuanto entrañan el ejercicio de la soberanía exclusiva del poder político, no son atribuibles a los particulares, pues la democracia representativa exige que sean los gobernantes elegidos por el pueblo, quienes ejerzan la conducción política y encarnen la soberanía de la nación. A esta realidad se refiere el Artículo 3° superior, cuando expresa: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.”

Como suprema autoridad administrativa, el presidente de la República, ejerce una serie de funciones en este campo, que, como es sabido, no son llevadas a cabo todas ellas en forma personal y directa por él, sino que para ello cuenta con toda la estructura administrativa.

La Corte entiende que en este campo de las funciones propiamente administrativas es en donde cabe la posible atribución de ellas a particulares, y no en aquellas otras de contenido político o gubernamental, como tampoco en las de contenido materialmente legislativo o jurisdiccional que ocasionalmente ejercen las autoridades administrativas, pues a la atribución de las mismas a particulares no se refieren las normas constitucionales pertinentes. Este es pues, el primer criterio de delimitación. Empero, no todas las funciones administrativas asignadas por la Constitución la Rama Ejecutiva pueden ser transferidas a los particulares, pues de la Carta se deduce una serie más de limitaciones.

7.2 En efecto, en primer término la propia Constitución prohíbe la asignación de ciertas funciones a particulares, al considerarlas “exclusivas” de las autoridades administrativas. En este sentido, por ejemplo, las funciones que ejerce la Fuerza Pública son únicamente suyas, como se deduce del Artículo 216 superior, según el cual dicha fuerza está integrada “en forma exclusiva, por las Fuerzas Militares y de Policía Nacional”, asunto sobre el cual la Corporación se pronunció:

“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” [4]

Así pues, el primer criterio que restringe la atribución de funciones administrativas a particulares está dado por la asignación constitucional que en forma exclusiva y excluyente se haga de la referida función a determinada autoridad.

7.3 Pero no sólo la Constitución puede restringir la atribución de ciertas funciones administrativas a los particulares, sino que también la ley puede hacerlo. En efecto, si el constituyente dejó en manos del legislador el 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 por ejemplo, la propia ley demandada en esta causa, en aparte no acusado, 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.”[5]

7.4 Existe otra limitación que se deduce de las reglas constitucionales, en especial del Artículo 6° de la Carta, y que, según el conocido 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. Por lo cual las autoridades administrativas sólo pueden atribuir a los particulares el ejercicio de funciones jurídicamente suyas, no las de otros funcionarios.

Esta limitación indica, adicionalmente, que 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 otra que, como la ley bajo examen, regula de manera general las condiciones de otorgamiento de la función administrativa a particulares. Un ejemplo de esta atribución directa se encuentra en la norma superior que otorga a los notarios el ejercicio de la función fedante, o en la disposición legal que atribuye a las cámaras de comercio el llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos, recopilar y certificar las costumbres mercantiles, etc.

7.5 Por último, encuentra la Corte que la atribución de funciones administrativas tiene otro límite: la imposibilidad de 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. Si, en los términos del Artículo 2° de la Constitución, las autoridades de la República están instituidas para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, el despojo absoluto de la materia de su competencia redundaría en la falta de causa final que justificara su investidura, con lo cual ella -la investidura- perdería sustento jurídico.

Como consecuencia de lo anterior, resulta claro que la atribución de funciones administrativas a particulares debe hacerse delimitando expresamente la función atribuida, acudiendo para ello a criterios materiales, espaciales, temporales, circunstanciales, procedimentales o cualesquiera otros que resulten útiles para precisar el campo de acción de los particulares, en forma tal que la atribución no llegue a devenir en una invasión o usurpación de funciones no concedidas, a un vaciamiento del contenido de la competencia de la autoridad atribuyente o a la privatización indirecta del patrimonio público. Por ello resulta particularmente importante que las funciones que se encomendarán a los particulares sean específicamente determinadas, como perentoriamente lo prescribe el literal a) del Artículo 111 acusado, el cual se aviene a la Carta si es interpretado conforme a las anteriores precisiones.

Así pues, la Corte encuentra que le asiste razón al demandante cuando afirma que no todo tipo de funciones administrativas pueden ser atribuidas a los particulares; empero, no acoge el criterio orgánico al cual él acude para fijar el límite, según el cual sólo cabe tal atribución en las funciones que son ejercidas actualmente por el sector descentralizado de la Administración (descentralización por servicios). Entiende, en cambio, que los criterios de restricción son los anteriormente expuestos, que resultan de la interpretación sistemática de la Constitución y de principios de derecho público comúnmente admitidos en nuestra tradición jurídica.

Respecto al ejercicio de funciones públicas por parte de los particulares, en este caso, de los contratistas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 24 de agosto de 2010, dictada dentro del proceso número 31986, magistrada ponente: María del Rosario González de Lemos, señala:

(...) “El particular que contrata con la administración pública se compromete a ejecutar una labor o una prestación conforme al objeto del contrato y en virtud de ese convenio, de conformidad con los Artículos 123- 3 y 210-2 de la C. P., puede ejercer funciones públicas temporalmente o en forma permanente, siendo la naturaleza de esa función la que permite determinar si puede por extensión asimilarse a un servidor público para efectos penales, ejemplo de tales eventualidades son las concesiones, la administración delegada o el manejo de bienes o recursos públicos.

(...)

En otras palabras, la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público”.

La Corte Constitucional arribó a esa conclusión a partir de los siguientes adicionales razonamientos:

“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 pública que requiere el ente estatal para alcanzar los fines que le son propios. Lo mismo puede predicarse, por regla general, cuando se trata de la realización de otros objetos contractuales (suministro de bienes y servicios, compraventa de bienes muebles, etc.).

En las 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, 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.

En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador”.

(...)

Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia [C-037](#) de 2003 al definir el ejercicio de funciones públicas, consideró:

(...) si bien en un sentido amplio podría considerarse como función pública todo lo que atañe al Estado, cabe precisar que la Constitución distingue claramente los conceptos de función pública y de servicio público y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones, lo que implica específicamente que no se pueda confundir el ejercicio de función pública, con la prestación de servicios públicos (...)

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.

(...) en el caso de las funciones públicas, que corresponde ejercer a los servidores públicos y solo de manera excepcional puede ser encargado su ejercicio a particulares (art. 123-2) (...)

(...) Solamente en el caso de que dicha prestación haga necesario el ejercicio de determinadas potestades inherentes al Estado, que hayan sido determinadas en forma expresa por el legislador, al particular encargado de la misma, habrá lugar a la aplicación en su caso de dicho régimen y

ello exclusivamente en relación con el ejercicio de dichas potestades.

En este orden de ideas, para efectos de control disciplinario será solamente en el caso en que la prestación del servicio público haga necesario el ejercicio de funciones públicas, entendidas como exteriorización de las potestades inherentes al Estado -que se traducen generalmente en señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción-, que el particular estará sometido, en relación con dicho ejercicio, al régimen disciplinario.

No sobra reiterar que en este supuesto necesariamente la posibilidad de que el particular pueda hacer uso de dichas potestades inherentes al Estado debe estar respaldada en una habilitación expresa de la ley (Resaltado nuestro).

Con base en la normativa y la jurisprudencia transcritas, se dará respuesta a sus inquietudes, así:

Frente a su primer interrogante, sobre si los particulares como las Cajas de Compensación adquieren la calidad de servidores públicos en razón a que la naturaleza del contrato celebrado por la Caja de Compensación conlleva la transferencia de funciones públicas, me permito indicarle lo siguiente:

Para dar respuesta es importante analizar, en primer lugar, si las cajas de compensación pueden catalogarse como instituciones privadas que cumplen funciones públicas por celebrar contratos mediante los cuales administras recursos públicos del estado.

Sobre el particular, el Artículo 39 de la Ley 21 de 1982 dispone frente a la naturaleza de las cajas de compensación familiar:

“ARTÍCULO 39. Las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la ley.”

De conformidad con la norma en cita, las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil; cumplen funciones de seguridad social y están sometidas al control y vigilancia del Estado, en la forma establecida por la Ley 21 de 1982, en su Artículo 39. Son entidades de origen legal y de naturaleza especial, que pueden crear los particulares con fines sociales y sin ánimo de lucro. En las actividades de las Cajas de Compensación existe un interés público, por lo cual su regulación y orientación compete al Estado y sus trabajadores no son empleados públicos.

Ahora bien, de acuerdo con las sentencias anteriormente citadas, para establecer si el particular ejerce funciones públicas, es necesario verificar la naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por aquél, 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.

En ese sentido, si bien las Cajas de Compensación no expiden actos unilaterales en representación del Estado, es necesario indicar que en el caso de su consulta la Caja Compensación celebró contratos con el Estado para la administración de recursos públicos y de conformidad con la jurisprudencia enunciada, en estos casos el contrato puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; pues 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 el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos.

Ahora bien, es preciso indicar que, aunque es posible que por la celebración de este tipo de contratos que usted señala en su consulta, la Caja de Compensación excepcionalmente, ejerza funciones particulares, esto no es argumento suficiente para determinar que por tal motivo los empleados vinculados a la Caja de Compensación son servidores públicos, por cuanto los particulares que ejercen funciones públicas no son

catalogados como tales en el Artículo 123 de la Constitución Política, y celebrar contratos con el estado tampoco les otorga esa calidad, ni puede cambiar su naturaleza, pues ésta ha sido establecida por la misma Constitución Política.

Bajo ese entendido y atendiendo los interrogantes 2 y 3 de su consulta, esta Dirección Jurídica concluye que, de acuerdo con la jurisprudencia transcrita en este concepto, para establecer si un particular ejerce funciones públicas, es necesario verificar la naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por aquél, 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.

Para el caso del auditor interno que se encontraba vinculado a la Caja de Compensación, le corresponderá al interesado analizar si el objeto contractual se encuentra relacionado con las actividades que a título de ejemplo ha considerado la Corte Constitucional que constituyen función pública y acreditarlas con el respectivo contrato de prestación de servicios.

No obstante, se reitera que en caso que se determine que dicho empleado o los demás que están vinculados a la Caja de Compensación ejercen funciones públicas como particulares, por la celebración de contratos con el estado por parte de dicha entidad, no implica el cambio de naturaleza del empleo, es decir que las personas vinculadas a la Caja de Compensación seguirán siendo empleados particulares y no servidores públicos, y se regirán por las normas vigentes de derecho privado.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto Ma. Camila Bonilla G.

Reviso: Jose F Ceballos

Aprobó: Armando Lopez C

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:55:42