



Concepto 203371 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000203371

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000203371

Fecha: 02/06/2022 03:54:52 p.m.

Bogotá D.C.,

REFERENCIA: EMPLEOS. Funciones. ¿Particular que administra recursos públicos es un particular que ejerce funciones públicas? ¿Patrimonio autónomo que administra recursos públicos ejerce una función propia del Estado? RADICADO: 20222060165682 del 18 de abril de 2022.

Acuso recibo de su comunicación, mediante la cual realiza varios interrogantes en relación con el ejercicio de funciones públicas por parte de particulares.

Al respecto, es oportuno señalar en primer lugar que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares ni pronunciarse sobre la legalidad de las actuaciones internas de las entidades públicas.

No obstante lo anterior, me permito dar respuesta a sus interrogantes en el siguiente orden:

¿Un particular que administra y/o gestiona recursos públicos es un particular con funciones públicas?

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.”
(Subrayado nuestro)

De esta manera la Ley 1952 de 2019, determina qué debe entenderse como particular que ejerce funciones públicas y lo diferencia de aquel que administra recursos del estado, así:

“ARTÍCULO 70. Sujetos disciplinables. El presente régimen se aplica a los particulares que ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria; que administren recursos públicos; que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales y a los auxiliares de la justicia.

Los auxiliares de la justicia serán disciplinables conforme a este Código, sin perjuicio del poder correctivo del juez ante cuyo despacho intervengan.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, desarrolle o realice prerrogativas exclusivas de los órganos del Estado. No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible tanto al representante legal como a los miembros de la Junta Directiva, según el caso.”

(Negrilla y subraya nuestra)

Como se evidencia, la norma diferencia a los particulares que ejercen funciones públicas de aquellos que administran recursos públicos. Frente a los primeros explica que particular ejerce función pública cuando por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, desarrolle o realice prerrogativas exclusivas de los órganos del Estado en la normativa expuesta, mientras que los particulares que administran recursos públicos son aquellos que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específico.

De otra 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. 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:*

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) 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.

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.”

(Negrilla nuestra)

Respecto al ejercicio de funciones públicas por parte de los particulares, 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”.

(...)

Adicionalmente, 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, y para dar respuesta a su interrogante es importante indicar que, 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.

Como lo explica el Consejo de Estado: función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines (Defensa Nacional, Administración de Justicia, Vigilancia y Control, etc.) y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, la ejercen los particulares.

En ese sentido, para determinar si el particular al que se refiere en su consulta ejerce funciones públicas por administrar recursos del estado, es necesario revisar si la naturaleza de dicha función exterioriza una potestad inherente al Estado, ya sea a través de una disposición legal, acto administrativo unilateral, una concesión o un contrato.

Si se tratara de éste último, es necesario aclarar el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular 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 el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos.

En todo caso, deberá tenerse en cuenta que no siempre la administración de los bienes o recursos públicos implicará el ejercicio de una función pública; para establecer que sí lo será necesario revisar la naturaleza jurídica de la actividad y a la luz de la normativa y jurisprudencia esbozadas, establecer si se trata de una prerrogativa del Estado exteriorizada y delegada al particular, como se evidencia a la largo del presente concepto

¿Un patrimonio autónomo que administra y contrata con recursos públicos ejerce una función propia del Estado?

Para resolver esta inquietud, primero debemos dilucidar la naturaleza jurídica de la figura de patrimonio autónomo. Sobre el particular, debemos remitirnos a lo previsto en el artículo 1226 del Código de Comercio que trata la figura de la fiducia mercantil como un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra llamada fiduciario quien se obliga a administrarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Por definición expresa de la citada norma el negocio fiduciario en comento supone una transferencia de bienes por parte de un constituyente para que con ellos se cumpla una finalidad.

Ese conjunto de bienes transferidos a una fiduciaria es lo que conforma o se denomina patrimonio autónomo. Dichos bienes salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente (titular del dominio) y están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo. (Artículos 1226 a 1244 del C. Co).

Los bienes recibidos en fideicomiso, es decir, que conforman el patrimonio autónomo no pueden confundirse con los bienes del fiduciario, luego deben estar separados de los que integran los activos de la fiduciaria, son excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario y fideicomitente y garantizan las obligaciones que contraiga el patrimonio autónomo en el logro de la finalidad de la fiducia.

Frente al particular, el Decreto Ley 2555 de 2010, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.5.2.1.1 Derechos y deberes del fiduciario. Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.

El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo.

En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el Fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia.

PARÁGRAFO. El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales.”

De la norma transcrita resulta claro que los patrimonios autónomos no son personas jurídicas como tampoco naturales, como ya se expuso son negocios fiduciarios conformados por bienes para cumplir un fin. El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia.

Con relación a la naturaleza de los patrimonios autónomos, la Corte Suprema de Justicia expresó: *“ El patrimonio autónomo no es persona natural ni jurídica, y por tal circunstancia en los términos del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, en sentido técnico procesal, no tiene capacidad para ser parte en un proceso, pero cuando sea menester deducir en juicio derechos u obligaciones que lo afectan, emergentes del cumplimiento de la finalidad para la cual fue constituido, su comparecencia como demandante o como demandado debe darse por conducto del fiduciario quien no obra ni a nombre propio porque su patrimonio permanece separado de los bienes fideicomitados, ni tampoco exactamente a nombre de la fiducia, sino simplemente como dueño o administrador de los bienes que le fueron transferidos a título de fiducia como patrimonio autónomo afecto a una específica finalidad”* . (CSJ, Cas. Civil, Sent. ago. 3/2005. Exp. 1909. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno).

(Subraya fuera de texto)

Del extracto jurisprudencial antes transcrito, se deduce que el patrimonio autónomo no es una persona natural ni se trata de una persona jurídica, sino sencillamente un patrimonio afecto a una determinada finalidad.

Por su parte la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-438 de 2017, Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, destacó que *“...el patrimonio autónomo es un centro de imputación de derechos y obligaciones, de carácter temporal y diferente a la persona que le dio origen (fiduciante, fideicomitente o constituyente), quien lo administra (fiduciario) y quien habrá de recibirlo (fideicomisario o beneficiario)”*

De otro lado, y a propósito del patrimonio y responsabilidades de las partes vinculadas en un negocio de fiducia, el Concepto 2013010362-001 del 18 de marzo de 2013 de la Superintendencia Financiera, señala lo siguiente:

“En los negocios de fiducia mercantil una persona llamada fiduciante o fideicomitente entrega parte de su patrimonio a otra llamada Fiduciario para que lo administre; dicho patrimonio entregado en administración entra a hacer parte de un patrimonio autónomo que es diferente al patrimonio propio del fiduciario o administrador.

En este sentido, al momento de establecer un contrato de fiducia mercantil, se evidencian tres tipos diferentes de patrimonios:

- 1.- El propio personal del Fiduciante (El cliente en el contrato: quien entrega parte de su patrimonio en administración)*
- 2.- El patrimonio de la empresa Fiduciaria (El vendedor en el contrato: la empresa administradora)*
- 3.- El patrimonio autónomo (la parte del patrimonio del fiduciante que fue entregado a la empresa fiduciaria para que sea administrado).*

Es muy importante separar estos tres tipos de patrimonios, puesto que cada uno de ellos deberá responder por sus propias obligaciones, es en ese sentido que el patrimonio autónomo sólo será responsable por las obligaciones que se contraigan por el logro de la finalidad para la cual fue entregado en administración y nunca por las obligaciones derivadas del cumplimiento del objeto social de la empresa administradora, ni por las que haya adquirido el fiduciante”.

De acuerdo con el pronunciamiento de la Superfinanciera, se tiene que, en el negocio de fiducia se evidencian tres tipos diferentes de patrimonios el del fiduciante; el patrimonio de la fiduciaria y el patrimonio autónomo entregado a la fiduciaria para su administración, de conformidad con el negocio de que se trate.

Finaliza la Superfinanciera, indicando que es muy importante separar estos tres tipos de patrimonios, puesto que cada uno de ellos deberá responder por sus propias obligaciones, es en ese sentido que el patrimonio autónomo sólo será responsable por las obligaciones que se contraigan por el logro de la finalidad para la cual fue entregado en administración y nunca por las obligaciones derivadas del cumplimiento del objeto social de la empresa administradora, ni por las que haya adquirido el fiduciante.

Entonces, se tiene que el patrimonio autónomo propiamente dicho no es un persona natural ni jurídica y por ende no es el que administra los bienes, es más bien un centro de imputación de derechos y obligaciones, de carácter temporal y diferente a la persona que le dio origen (fiduciante, fideicomitente o constituyente), quien lo administra (fiduciario) y quien habrá de recibirlo (fideicomisario o beneficiario).

De esta manera el encargado y el responsable de administrar los bienes (patrimonio autónomo) en un negocio de fiducia es la Fiduciaria (parte que puede ser de naturaleza jurídica pública o privada de acuerdo con los aportes que lo conforman), y quien, de conformidad con lo señalado por la Superfinanciera, deberá atender las obligaciones derivadas del cumplimiento de su objeto social.

Aclarado lo anterior, para establecer si una Fiduciaria que a través de un patrimonio autónomo administra y contrata con recursos públicos ejerce funciones públicas, es necesario revisar si la actividad de administración de dichos recursos exterioriza o no una potestad inherente al Estado, ya sea a través de una disposición legal, acto administrativo unilateral, una concesión o un contrato.

Si se tratara de éste último, es reitera que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular cuando la labor se basa en el desarrollo de cometidos estatales que impliquen 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 el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, mediante un acto unilateral del Estado o una disposición legal.

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.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el Covid-19.

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: Harold I. Herreño

Aprobó: Armando López C

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.

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

4.. Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones.

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 14:03:03