



Concepto 183481 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000183481

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000183481

Fecha: 18/05/2022 04:18:19 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: ENTIDADES - Naturaleza jurídica - Plaza de mercado - Funciones públicas - RADICADO: 20229000173692 del 22 de abril de 2022

En atención a la comunicación de la referencia a través de la cual indica: *“La actividad de las plazas de mercado constituye un servicio público del orden municipal, tanto por determinación de la Ley como por reconocimiento jurisprudencial”* y en tal sentido, consulta:

PRIMERO: ¿Entregada la administración de la Plaza de mercado Minorista de Medellín “José María Villa”, a través de contrato de concesión a la Cooperativa de comerciantes Coomerca, su gerente y junta directiva, quienes administran la plaza de mercado cumplen funciones públicas?

SEGUNDO: Al Gerente y miembros de junta directiva, les es aplicable el régimen disciplinario de los funcionarios públicos.

TERCERO: De comprobarse que han transgredido el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, además de presentar conflicto de intereses entre los miembros de junta de vigilancia y junta de administración, cuál podría ser la sanción a aplicar ya que no está definida en sus estatutos.

CUARTO: Si el objeto del contrato es “EL CONCEDENTE ENTREGA EN CONCESION AL CONCESIONARIO, LA PRESTACION, OPERACIÓN, EXPLOTACION, ORGANIZACIÓN Y GESTION DEL SERVICIO PUBLICO DE MERCADEO DE LA PLAZA POPULAR MINORISTA JOSE MARIA VILLA”, el concesionario puede desempeñar las funciones de la secretaria de espacio público en cuanto al control y vigilancia y aprovechamiento del mismo dentro de la plaza minorista.

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos; así mismo, no le corresponde decidir si una persona incurrió o no en causal de inhabilidad, competencias atribuidas a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto debe recordarse que el artículo 365 superior, señala que *“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.*

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. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. (...). (Destacado nuestro)

Ahora bien, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-866 de 1999, señaló:

7.1 A partir de un criterio orgánico, la función administrativa es aquella que está atribuida al gobierno, entendiéndose 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). (...)

Como suprema autoridad administrativa, el presidente de la República, ejercen 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.

(...)

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.

(...)

7.4 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. (Destacado nuestro)

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

4.1.1.3 Los conceptos de función pública y de servicio público en la Constitución. La imposibilidad de hacer equivalentes el ejercicio de funciones públicas y la prestación por un particular de un servicio público.

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 funciones públicas, con la prestación de servicios públicos, supuestos a los que alude de manera separada el artículo 150 numeral 23 de la Constitución que asigna al Legislador competencia para expedir las leyes llamadas a regir una y otra materia².

4.1.1.3.1 La Constitución utiliza el término “función” para identificar las actividades del Estado, (art.113 C.P.)³ así como para determinar las competencias de los diferentes órganos estatales (arts 150, 241, 277 C.P. por ejemplo). Así mismo el artículo 122 señala que “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”, en tanto que el artículo 212 superior expresa que “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

La Constitución hace referencia a las expresiones “función pública” y “funciones públicas” de manera específica en el capítulo II del título V sobre la organización del Estado, en el que se establecen los principios que rigen el cumplimiento de “funciones públicas” por los servidores públicos.

Cabe recordar, así mismo, que la Constitución califica expresamente como “funciones públicas” la administración de justicia (art. 228 C.P.) y el control fiscal (art. 267 C.P.), en tanto que el artículo 209 se refiere a la “función administrativa” (art. 209 C.P.) especie dentro del género función pública.

Ahora bien, como ya ha señalado esta Corporación, las actividades de los servidores públicos, propias de su cargo o destino, son por esencia y definición funciones públicas, pues están dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo del Estado⁴.

Según la idea que fluye del artículo 123 de la Constitución, servidor público es en este sentido 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 (C.P. arts. 123 y 125).

Así las cosas, la noción de “función pública” atañe al conjunto de las funciones que cumple 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.

Empero, debe la Corte señalar que la posibilidad de desempeñar funciones públicas 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, en los casos taxativamente señalados en la Constitución y la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas (art. 123-3, 210-2, 267-2) o funciones públicas judiciales (art. 118-3).

(...)

La Constitución utiliza igualmente el término de “servicio público” para calificar expresamente como tales determinadas actividades, por ejemplo: (i) La Seguridad Social (art. 48 C.P.) de la que señala es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Así mismo que el Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley y precisa que la Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley; (ii) La atención en salud y el saneamiento ambiental (art. 49 C.P.), los cuales señala son servicios públicos a cargo del Estado, precisando en todo caso que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley; (iii) La educación (art. 67 C.P.) de la que expresa es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social que corresponderá al Estado regular y sobre el cual ejercerá la suprema inspección y vigilancia; así como (iv) la que desarrollan los notarios y registradores en relación con la cual la Constitución señala que compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia (art.131 C.P.)⁵.

Cabe recordar además que la Constitución asigna al Presidente de la República la competencia para ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos. (art. 189-23)⁶

Dichos servicios públicos estarán sometidos de acuerdo con el artículo 365 superior, al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control

y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

La Corte ha señalado que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional; ello comporta que si bien los particulares concurren a dicha prestación, sea parcial o totalmente, como expresión de la libertad económica (art. 333 C.P.), el Estado tiene el deber de intervenir de modo que se aseguren tanto los fines fijados por el Constituyente para los servicios públicos en general (art 365 C.P.), como los que éste haya definido para determinados servicios (seguridad social, salud, por ejemplo)⁷, por lo que puede establecer las condiciones y limitaciones que resulten necesarias, sean ellas relativas por ejemplo a la aplicación de *“instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado”*⁸, o el establecimiento de inhabilidades o incompatibilidades que puedan resultar necesarias para *“el logro de sus fines competenciales”* y *“el respeto de los principios que rigen la función administrativa”*⁹, fijando en todo caso límites a dicha intervención¹⁰.

4.1.1.3.3 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 particulares¹¹. 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 Estado¹².

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).

Ello no sucede en cambio 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), y en los términos ya expresados.

Cabe precisar que este entendimiento dado por la Constitución a la noción de servicio público corresponde a la evolución que dicha noción ha tenido en la doctrina¹³ y que ya no corresponde a la noción clásica de servicio público que implicaba la asimilación del servicio público con la función pública y con el derecho público¹⁴.

La Constitución Política, ha reservado para el Estado las funciones de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, -que en sí mismas corresponden cabalmente al ejercicio de funciones públicas-, mientras que la prestación de los mismos, en la medida en que no implica *per se* dicho ejercicio, ha determinado que puede ser adelantada por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas (art. 365 C.P.).

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 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 ya se señaló el particular que ejerce funciones públicas se encuentra sometido exactamente a los mismos controles que los servidores públicos¹⁵.

En el caso de un particular que presta un servicio público la Corte ha precisado que éste se encuentra sometido al régimen especial fijado por el legislador para la prestación del servicio público de que se trate, así como al control y vigilancia del Estado¹⁶. Ello no implica, sin embargo, que ese particular por el simple hecho de la prestación del servicio público se encuentre sometido al régimen disciplinario.

(...)

Solamente en el caso en que dicha prestación haga necesario el ejercicio de determinadas potestades inherentes al Estado, que hayan sido atribuidas de manera 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 ese orden de ideas, para efectos del 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 ese 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 ley¹⁷. (Destacado nuestro)

Así mismo, la Corte Constitucional a través de Sentencia C-089A/94, señaló:

"Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley".

Sea lo primero advertir que el ejercicio de estas funciones por parte de los particulares, no significa modificar el carácter de tales. Con todo, debe anotarse que mientras el particular se encuentre ejerciendo una determinada actividad de orden administrativo, está representando el ejercicio de una atribución estatal con todas las implicaciones jurídicas y políticas que ello implica.

Por otra parte, la Corte debe hacer énfasis en que el cumplimiento de funciones administrativas por los particulares, debe hacerse en los términos taxativos, precisos y específicos que señale la ley. Lo anterior, porque para esta Corporación, la naturaleza de la competencia en materia de atribuciones y funciones públicas debe ser explícita, de forma tal que se respete el principio de legalidad, mediante el cual ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley (arts. 6o. y 121 C.P.). Con ello se logra una certeza respecto de la labor que ejerce la persona que se encuentra desarrollando una actividad administrativa, lo que a su vez permite conocer con exactitud el alcance de su responsabilidad frente a la administración misma y frente a los asociados.

Las razones anotadas son aplicables de igual forma a los particulares que se someten a lo dispuesto en el artículo 210 superior, pues si la ley no es estricta en el señalamiento de las funciones a desempeñar, sino que deja al libre albedrío del particular la realización de las mismas, significa que esta persona, investida de la autoridad del Estado, realizaría todo aquello que no estuviere prohibido, en vez de ejercer únicamente lo que le está permitido, desconociendo con ello uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho." (Destacado nuestro)

De acuerdo a los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales, las entidades o autoridades administrativas podrán conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, bajo las condiciones, cumpliendo los requisitos y observando el procedimiento señalado en la ley.

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, regula de manera general las condiciones de otorgamiento de la función administrativa a particulares.

Señala la Corte también 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 públicas, con la prestación de servicios públicos. La noción de "función pública" atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

El servicio público por su parte, 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.

Ahora bien, la posibilidad de desempeñar funciones públicas 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, en los casos taxativamente señalados en la Constitución y la ley puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas.

De acuerdo a la jurisprudencia indicada anteriormente se tiene entonces que, no resulta asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público.

En cuanto a la naturaleza de las plazas de mercado, es importante señalar que la Sección

Primera del Consejo de Estado, con consejero ponente: Marco Antonio Velilla Moreno mediante sentencia del 14 de octubre de 2010¹⁸, dispuso:

(...)

Para resolver, observa la Sala:

De los artículos 63, 72, 82, 102 y 332 de la Constitución Política se deduce que se consideran bienes de dominio público, los destinados al desarrollo o cumplimiento de las funciones públicas del Estado o los que están afectados al uso común.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 674 del Código Civil se llaman “*bienes de la Unión*” aquellos cuyo dominio pertenece a la República y se clasifican en bienes patrimoniales o fiscales y en bienes de uso público.

Los primeros, es decir, los patrimoniales o fiscales, también conocidos como propiamente estatales, pertenecen a una persona jurídica de derecho público de cualquier naturaleza y de esta manera general están destinados a la prestación de las funciones públicas o de los servicios públicos, su dominio corresponde al Estado “pero su uso no pertenece generalmente a los habitantes”, es decir, el Estado los posee y los administra de manera similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad.

Por su parte, los bienes de uso público universal, igualmente conocidos como bienes públicos del territorio, son aquellos cuyo dominio resulta también del Estado pero su uso pertenece a todos los habitantes del territorio y están a su servicio permanente. Como ejemplo de ello se relacionan las calles, plazas, parques, puentes, caminos, ejidos, etc. A partir de tales características se impone que ninguna entidad estatal tiene sobre ellos la titularidad de dominio equivalente a la de un particular, lo anterior por estar destinados al servicio de todos los habitantes. Sobre ellos el Estado ejerce básicamente derechos de administración y de policía, con miras a garantizar y proteger su uso y goce común, por motivos de interés general.

La diferencia entre los bienes de uso público y los bienes fiscales ha estado tradicionalmente apoyada en el régimen jurídico que ostentan cada una de esas clases de bienes: el derecho público para los bienes de uso público y el derecho privado para los bienes fiscales, en éste último caso existe una asimilación de la propiedad de las entidades públicas sobre el bien a la propiedad que tienen los particulares sobre sus propios bienes, como se anotó.

Se ha precisado en reiteradas oportunidades¹⁹ que si bien la progresiva ampliación del derecho administrativo ha generado que se pierda la nitidez de la frontera entre el derecho público y el derecho privado como criterio diferenciador de esas dos clases de bienes, también lo es que cada día aumenta la aplicación de normas de derecho público a los bienes de carácter fiscal, resaltando que los bienes de uso público se caracterizan por estar fuera del comercio y por ser inalienables, inembargables e imprescriptibles.

La jurisprudencia ha sido consecuente con tal consideración desde ya hace más 60 años. En efecto, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 26 de septiembre de 1940, expuso que “*los bienes del Estado son o de uso público o fiscales. Los bienes de uso público lo son por naturaleza o por el destino jurídico; se rigen por normas legales y jurídicas especiales, encaminadas a asegurar cumplida satisfacción en el uso público*”.

En lo atinente a las plazas de mercado, la Sala estima necesario hacer dos precisiones, la primera relacionada con la naturaleza de la actividad y, la segunda, referente a los bienes en los cuales se presta el servicio.

i) La actividad de las plazas es un servicio público

Es incuestionable que la actividad de las plazas de mercado constituye un servicio público del orden municipal, tanto por determinación de la Ley como por reconocimiento jurisprudencial.

Justamente, desde el punto de vista legal, se ha precisado que ello se desprende tanto del numeral 15 del artículo 169 del Código de Régimen Político y Municipal que hoy corresponde al numeral 10 del artículo 93 del Código de Régimen Municipal, como de los artículos 365 y siguientes de la Constitución Política de 1991.

Desde el punto de vista jurisprudencial, son múltiples las providencias que lo han reconocido, como es el caso de las siguientes: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Expedientes Nos.: 3026, 9 de noviembre de 1979, Consejero Ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar; 959, 24 de julio de 1990, Consejero Ponente: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez; 3944, 25 de enero de 1996, Consejero Ponente: Dr. Ernesto Rafael Ariza; 5303, 6 de julio de 2000, Consejero Ponente: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa; Corte Constitucional, sentencia de junio 23 de 1993, Rad. T - 9472, Magistrado

Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

ii) Los bienes inmuebles en los cuales se presta el servicio de plaza de mercado son bienes de uso público

Como bien se ha señalado, las plazas de mercado se han entendido como una especie de las plazas enunciadas en los artículos 674 y 1005 del Código Civil, esto es, son bienes de uso público cuando son propiedad del Estado, en especial de los Municipios. De modo que el género es la plaza y la especie es la plaza de mercado, por consiguiente una y otra están revestidas de las características de los bienes de uso público, tales como:

- Que sea del dominio o propiedad del municipio.
- Que exista afectación del mismo al uso público, ya sea formal o de hecho.

Además, las mismas se encuentran cobijadas por los atributos propios de dichos bienes, como son la inembargabilidad, inenajenabilidad e imprescriptibilidad, consagrados en el artículo 63 de la Constitución y en el mencionado artículo 674.

Igualmente, se ha sostenido que para que una plaza de mercado pueda considerarse como bien de uso público, debe estar destinada a la realización de actividades de expendio o venta de víveres o productos de primera necesidad, según se deduce de los artículos 1 y 2 del Decreto No. 929 del 11 de mayo de 1943, y de la interpretación que ha realizado del mismo la Corte Constitucional en diferentes providencia, en especial en el proceso No. T - 238 de 1993.

La forma de institucionalizar un bien como de uso público depende de dos eventos: a) si es natural, como los ríos o las playas, o b) si es artificial, precisamente, como las plazas de mercado, sobre todo cuando se presta el servicio en recintos cerrados o edificios. En este evento, esto es, en el caso de bienes artificiales, que es el que interesa en el sub lite, se tiene que para que adquiera la categoría de bien de uso público, se requiere su afectación al uso público, la cual consiste en la manifestación de voluntad del Estado, a través de la autoridad competente, por medio de la cual incorpora al uso o goce de la comunidad.

Esa declaración de voluntad puede presentarse de manera formal, es decir, a través de un acto jurídico, o de hechos o comportamientos que indiquen de manera inequívoca la decisión de consagrar el bien de uso público, verbigracia la inauguración de una obra y darla como abierta al público.

Así, la adscripción de un bien a la prestación de un servicio público no determina por sí misma su calidad de bien de uso público, toda vez que esta última se encuentra ligada fundamentalmente al uso del bien por parte de todos los habitantes de un territorio.

Al respecto, se tiene que si bien otros regímenes jurídicos como el Francés reconocen el carácter de bienes de uso público aquellos afectados a un servicio público, también lo es que en Colombia el legislador adoptó el criterio romano², en el sentido de calificar el dominio público por el hecho de la utilización a que están destinados los bienes. Es así como la plurimencionada disposición - artículo 674 - dispone que *"se llaman bienes de aquéllos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión o bienes públicos del Territorio"*.

Entonces, la calidad de bien de uso público depende de dos factores:

- a) que sean construidos en terrenos pertenecientes a una entidad de derecho público y
- b) que sean destinados al uso común de los habitantes.

A su vez, la Sección Tercera, Subsección "A" del consejo de Estado, mediante sentencia del 20 de noviembre de 2019²⁰, con consejera ponente María Adriana Marín, señaló:

El contrato de concesión

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, define el contrato de concesión en los siguientes términos:

4o. *Contrato de Concesión.*

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien,

o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

En el presente caso, el municipio de Planeta Rica entregó en concesión a la Empresa Administradora de Servicios Públicos ASERP la plaza de mercado municipal, bien de uso público al servicio de la comunidad, destinado para servir de centro de expendio y abastecimiento de artículos principalmente de origen agropecuario de primera necesidad, consumo popular o uso doméstico, -respecto del cual la Corte Constitucional ha sostenido que "(...) constituye un sistema de intercambio de productos de primera necesidad entre campesinos, productores y usuarios o consumidores. La adjudicación de puestos para la venta de productos corresponde a la autoridad pública local cuya actuación debe observar mínimos principios de justicia"²¹, con el fin de que la demandante la administrara, de tal manera que se garantizara la actividad de venta de alimentos en condiciones óptimas tanto para los vendedores como para los compradores. Por ello, la ejecución del contrato implicaba una serie de responsabilidades para el concesionario, relacionadas con el buen estado del establecimiento, su reparación y mantenimiento, que debía llevar a cabo a su propio cargo.

(...)

Así mismo, no se puede olvidar que en esta clase de contratos, en los que el municipio, sin recibir contraprestación pecuniaria alguna por ello, entrega a un particular un bien de uso público como lo es una plaza de mercado para que la administre y la explote, y la entidad solo se beneficia de las inversiones que realiza el concesionario en el bien de uso público, la menor o nula desviación estándar respecto de las proyecciones en los ingresos esperados del concesionario que lo administra, opera y mantiene, dependen en gran medida de que este incurra en inversiones estratégicas en los activos tangibles (*infraestructura de la plaza de mercado principalmente*) e intangibles (*planes de incentivos por ejemplo*), inversiones que en este caso se concretan en las obligaciones de mantenimiento y conservación y que son distintas de los costos de operación, tales como el pago al celador, aseador, etc.

(...)

Y en este punto, resulta necesario recordar la naturaleza y razón de ser de las plazas de mercado municipales, respecto de las cuales, de tiempo atrás, ha sostenido la jurisprudencia²²:

(...) las -Plazas de Mercado-, que pueden ser cubiertas, al aire libre o semicubiertas, son un servicio público a cargo de los Municipios, siendo o debiendo ser generalmente sus usuarios los productores y consumidores del respectivo Municipio, o sea que la ley busca con la prestación de este servicio eliminar hasta donde sea posible la intermediación entre el productor y el consumidor. Para obtener esta finalidad los Concejos deben señalar un sitio adecuado y dotarlo de los medios materiales y de los servicios indispensables para que los usuarios, o sea la comunidad, puedan hacer uso de él adecuadamente. De suerte que no les basta a los Municipios señalar un sitio cubierto o cerrado, sino que además deben dotarlo de locales, expendios y puestos, así como, si ello es posible, de los servicios de agua, luz, sanitarios, aseo, vigilancia, etc. Esto quiere decir que el servicio público de mercado o de Plaza de Mercado consiste en la actividad organizada que pone a disposición de productores y consumidores, y aún de los intermediarios, un conjunto de elementos materiales e inmateriales, para satisfacer en forma regular y continua la necesidad colectiva de adquirir los artículos de primera necesidad a precios no especulativos.

(...) Precisamente por ser un servicio Municipal el de "mercado público" es que está sujeto a las reglamentaciones que sobre el particular dicte el Municipio, debiendo el Concejo, como lo dispone el numeral 15 del artículo 169 del C. de R. P. M., "señalar el día o días en que deba tener lugar".

Lo antes expuesto bastaría para afirmar que las "Plazas de Mercado" constituyen un servicio público, ya que se trata de "actividades organizadas que tienden a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial". Pero hay algo más, el artículo 1 del Decreto 753 de 1956, del cual se acaba de transcribir lo anterior, prescribe que "constituyen, por tanto, servicio público, entre otras, las siguientes actividades:

e) Las plantas de leche, plazas de mercado, mataderos y de todos los organismos de distribución de estos establecimientos, sean ellos oficiales o privados".

Es claro entonces, que el bien inmueble que fue objeto del contrato de concesión en torno al cual gira la presente controversia, está destinado a la prestación de un servicio público que, en principio, está a cargo del municipio, pero que éste puede, en virtud del referido contrato, trasladar a un particular, quien entonces estará en el deber de velar porque el mismo sea prestado en debida forma, tomando todas las medidas necesarias y pertinentes para ello." (Destacado nuestro)

En virtud de lo indicado por el Consejo de Estado, los artículos 63, 72, 82, 102 y 332 de la Constitución Política se consideran bienes de dominio público, los destinados al desarrollo o cumplimiento de las funciones públicas del Estado o los que están afectados al uso común. Los bienes de uso público universal, igualmente conocidos como bienes públicos del territorio, son aquellos cuyo dominio resulta también del Estado, pero su uso pertenece a todos los habitantes del territorio y están a su servicio permanente. Como ejemplo de ello se relacionan las plazas.

Las plazas de mercado se han entendido como una especie de las plazas enunciadas en los artículos 674 y 1005 del Código Civil, esto es, son bienes de uso público cuando son propiedad del Estado, en especial de los Municipios. De modo que el género es la plaza y la especie es la plaza de mercado, por consiguiente, una y otra están revestidas de las características de los bienes de uso público, tales como: que sea del dominio o propiedad del municipio y que exista afectación del mismo al uso público, ya sea formal o de hecho. Para que una plaza de mercado pueda considerarse como bien de uso público, debe estar destinada a la realización de actividades de expendio o venta de víveres o productos de primera necesidad.

Así las cosas, las plazas de mercado, bajo los términos indicados anteriormente, son bienes de uso público que prestan un servicio público del orden municipal, tanto por determinación de la Ley como por reconocimiento jurisprudencial.

Este tipo de bienes (plaza de mercado) destinado a la prestación de un servicio público puede estar a cargo del municipio, pero que éste puede, en virtud un contrato de concesión, trasladar a un particular, quien entonces estará en el deber de velar porque el mismo sea prestado en debida forma.

En consecuencia, para responder los temas de su consulta, en virtud de lo que se ha dejado indicado hasta ahora en el presente concepto, se tiene entonces que:

“PRIMERO: ¿Entregada la administración de la Plaza de mercado Minorista de Medellín “José María Villa”, a través de contrato de concesión a la Cooperativa de comerciantes Coomerca, su gerente y junta directiva, quienes administran la plaza de mercado cumplen funciones públicas?”

RESPUESTA: 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.

El ejercicio de estas funciones por parte de los particulares, no significa modificar el carácter de tales. El cumplimiento de funciones administrativas por los particulares, debe hacerse en los términos taxativos, precisos y específicos que señale la ley. Es así pues que, la naturaleza de la competencia en materia de atribuciones y funciones públicas debe ser explícita, de forma tal que se respete el principio de legalidad, mediante el cual ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

En virtud de lo indicado por la sentencia [C-037](#) de 2003 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 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.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional, esta Dirección Jurídica considera que, en el presente caso por el solo hecho de entregar a través de contrato de concesión a la COOPERATIVA DE COMERCIANTES COOMERCA LA ADMINISTRACIÓN la administración de la prestación del servicio público generado de la plaza mercado Minorista de Medellín “José María Villa”, su gerente y junta directiva, no ejercen una función pública.

Para ejercer una función pública, debe hacerse en los términos taxativos, precisos y específicos que señale la ley, es decir, que la transferencia de la función pública debió hacerse de manera explícita, de forma tal que se respete el principio de legalidad.

“SEGUNDO: Al Gerente y miembros de junta directiva, les es aplicable el régimen disciplinario de los funcionarios públicos.

“TERCERO: De comprobarse que han transgredido el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, además de presentar conflicto de intereses entre los miembros de junta de vigilancia y junta de administración, cuál podría ser la sanción a aplicar ya que no está definida en sus estatutos.”

RESPUESTA: Solamente en el caso en que la prestación del servicio público haga necesario el ejercicio de determinadas potestades inherentes al Estado, que hayan sido atribuidas de manera 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. Como quiera que en el presente caso, no se atribuyó expresamente una función pública, no es posible aplicar el régimen disciplinario de los funcionarios públicos, toda vez que no se está ante particulares que ejercen función pública.

“CUARTO: Si el objeto del contrato es “EL CONCEDENTE ENTREGA EN CONCESION AL CONCESIONARIO, LA PRESTACION, OPERACIÓN, EXPLOTACION, ORGANIZACIÓN Y GESTION DEL SERVICIO PUBLICO DE MERCADEO DE LA PLAZA POPULAR MINORISTA JOSE MARIA VILLA”, el concesionario puede desempeñar las funciones de la secretaria de espacio público en cuanto al control y vigilancia y aprovechamiento del mismo dentro de la plaza minorista.”

RESPUESTA: El artículo 121 de la Constitución Política dispuso que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

Así las cosas, para determinar cuáles fueron las funciones asignadas al concesionario, el interesado deberá analizar los términos del respectivo contrato de concesión para verificar, entre otras atribuciones, la prestación, operación, explotación, organización o gestión del bien o del servicio público asignado.

Ahora bien, como se dijo en la jurisprudencia en precedencia, este tipo de contrato se asignan entre otras, todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario, pero bajo la vigilancia y control de la entidad concedente.

En consecuencia, se recuerda que, si bien los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley y podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares, en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

Por último, se recuerda que, en caso de requerir mayor información en relación con las cláusulas u obligaciones del contrato de concesión, podrá dirigir sus escritos a la Agencia Nacional de Contratación Pública - COLOMBIA COMPRA EFICIENTE- para que de conformidad con el artículo 121 de la Constitución Política, el artículo 21 de la ley 1437 de 2011 y en concordancia con lo señalado en el Decreto 4170 de 2011²³, se pronuncie de fondo al respecto.

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 [/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

Proyectó: A. Ramos

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

² ARTICULO 150. 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.

³ Artículo 113 Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

⁴ Ver Sentencia C-563/98 M.P. Carlos Gaviria Díaz y Antonio Barrera Carbonnel.I.

⁵ Cabe precisar que en el caso de los notarios y registradores ellos se ven atribuido el ejercicio de funciones públicas, relativas al cumplimiento de la función fedante y al manejo del registro público. Ver sobre la función notarial y su interpretación constitucional las Sentencias C-741/98 Y C-399/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶ ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos. (..)

⁷ Ver Sentencia C- 915/02 M.P. Álvaro Taur Galvis.

⁸ Ver Sentencia C- 616/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil

⁹ Ver sentencia C-815/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil

¹⁰ Así por ejemplo en relación con el servicio público de seguridad social en salud ha precisado la Corte lo siguiente *“Ahora bien, si el legislador decide mantener el modelo de concurrencia de empresas públicas y privadas en la prestación de un servicio público como el de salud, pero lo interviene y regula a fin de obtener objetivos constitucionales, ¿cuál es el límite de esta intervención? ¿hasta dónde puede llegar la imposición de restricciones y controles? Como se dijo arriba, esa intervención no puede ser tan intensa que en realidad llegue a eliminar radicalmente el esquema de mercado libre que mantiene la ley (pues si lo elimina cae en el extremo de estatización de la actividad que impone indemnización a los particulares que lícitamente la ejercían), por lo cual debe respetar ciertos límites que, con base en la Constitución, han sido señalados por esta Corporación. Estos límites, como se recuerda, indican: i) que tal intervención sólo puede adelantarse mediante ley; ii) que no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) que debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación; iv) que debe obedecer al principio de solidaridad; y, v) que debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.”* Sentencia C-615/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

¹¹ Ver Juan Alfonso Santamaría Pastor Principios de Derecho Administrativo, Volumen II, segunda edición, C.E. Ramón Areces, Madrid, 2000, Pág 301 y ss.

¹² Sobre las potestades que reflejan el imperium estatal ver Juan Carlos Cassagne Derecho Administrativo, quinta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994 , Págs. 17 y ss

¹³ Ver en particular Gaspar Ariño Ortiz, Principios de Derecho Público Económico, Fundación de Estudios de Regulación, Editorial Comares, segunda edición, Granada, 2001, Págs. 487-614; Juan Alfonso Santamaría Pastor, Principios de Derecho Administrativo, Volumen II, segunda edición, C.E. Ramón Areces, Madrid, 2000, Págs. 299-340; Juan Carlos Cassagne Derecho Administrativo, quinta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994 , Págs. 416-444.

¹⁴ Sobre la noción de servicio público y su evolución reciente en el derecho francés en el que tuvo origen ver Pierre Espulgas, Le service public, 2e édition, Dalloz, Paris, 2002. Ver igualmente Jacques Chevallier, Le service public, Que sais-je, PUF, 3^e édition, Paris 1994 y Jean Paul Valette « Le service public À la française », Ellipses., Paris, 2000.

¹⁵ Ver las sentencias C-563/98 M.P. Antonio Barrera Carbonnel y Carlos Gaviria Díaz y C-181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra citadas precedentemente en esta providencia.

¹⁶ Ver Sentencia C- 915/02 M.P. Álvaro Taur Galvis.

¹⁷ Ver Sentencia C-089a/ 94 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, así como las sentencias C-543/01 y C-233 /02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁸ Radicación número: 50001-23-31-000-2005-00055-01(AP) Actor: ORLANDO HERNANDEZ MORA Demandado: MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

¹⁹ Véase entre otras la sentencia del 24 de julio de 1990. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero

Ponente: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.

²⁰ Radicación número: 23001-23-31-000-2008-00132-01(41934) / Actor: EMPRESA ADMINISTRADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS ASERP E.U / Demandado: MUNICIPIO DE PLANETA RICA.

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-238 del 23 de junio de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 9 de noviembre de 1979, expediente 3026, C.P. Jacobo Pérez Escobar.

²³ Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente -, se determinan sus objetivos y estructura.”

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:06:16