



Concepto 011271 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000011271

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000011271

Fecha: 13/01/2023 04:01:54 p.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEOS. Naturaleza y Clasificación. ¿Los agentes especiales liquidadores son considerados servidores públicos? Radicado: 20239000023272 del 12 de enero de 2023.

En atención a su escrito de la referencia, mediante el cual consulta si los agentes especiales liquidadores son considerados servidores públicos, me permito indicar lo siguiente:

La Constitución Política determina en relación con el ejercicio de funciones públicas lo siguiente:

“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.” (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo previsto en la Constitución, se consideran como servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

De igual manera, determina que, el Legislador determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio, en consecuencia, la ley contempla los eventos en los que un particular ejerce una función pública.

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

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

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

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

Así lo ha señalado reconocida parte de la doctrina.

En efecto, Roberto Dromi sobre el punto dice:

“funciones públicas. Atañen a la defensa exterior, para resguardo de supremas necesidades de orden y paz y a la actuación del derecho, para la tutela de los propios valores jurídicos como orden, seguridad y justicia. () “servicios públicos: Se refieren a prestaciones o servicios de interés comunitario, que no son de forzosa ejecución estatal directa.

(...)

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

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

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

No obstante, puede decirse que la función pública participa en todo caso del poder del Estado, y que es de carácter siempre jurídico, mientras que el servicio público es de carácter material y técnico y en muchas de sus manifestaciones no puede utilizar el poder público (por ejemplo, y en la mayoría de los casos, para imponer coactivamente su utilización”

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

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

En materia disciplinaria, el inciso tercero del artículo 70 de la Ley 1952 de 2019, contempla que “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.” (Subrayas nuestras)

Ahora bien, en relación con la naturaleza del agente liquidador, el Decreto 663 de 1993¹ determina lo siguiente:

“ARTÍCULO 295.- Régimen Aplicable al Liquidador y al Contralor.

Naturaleza de las funciones del liquidador. El liquidador designado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras o por los acreedores reconocidos, ejercerá funciones públicas administrativas transitorias, sin perjuicio de la aplicabilidad de las reglas del derecho privado a los actos de gestión que deba ejecutar durante el proceso de liquidación.

PARÁGRAFO. Cuando el liquidador sea designado por la Asamblea de Accionistas convocada según lo dispuesto en el numeral 17 del artículo 300 del presente Estatuto, no tendrá funciones públicas administrativas y por consiguiente únicamente ejercerá las funciones y facultades que le atribuyen los estatutos sociales de la respectiva entidad y el Código de Comercio.”

De acuerdo con lo previsto en la norma, el liquidador de que trata el Decreto 663 de 1993 ejerce funciones públicas de manera transitoria.

Así las cosas, se tiene que las actividades consideradas como función pública son todas aquellas ejercidas por los órganos del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares, siempre que, en el

último caso, exista una norma que lo habilite para el efecto.

En este orden de ideas, y en atención puntual de su interrogante, en criterio de esta Dirección Jurídica, el liquidador de que trata el artículo 295 del Decreto 663 de 1993 no es un servidor público, se trata de un particular que ejerce función pública pues así lo determinó en forma expresa el Legislador y reguló su ejercicio.

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

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. Harold Herreño

Revisó y aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹*“Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración.”*

Fecha y hora de creación: 2024-11-22 13:13:52