



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 2405 de 2019 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas

Bogotá, D.C., cinco (5) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación interna: 2405

Número único: 110010306000201800233-00

Referencia: Edad de retiro forzoso. Ley 1821 de 2016. Particulares que actúan como miembros de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas del orden nacional. Ejercicio de funciones públicas por particulares

La Directora (E) del Departamento Administrativo de la Función Pública consulta la opinión de la Sala sobre la aplicación de la Ley 1821 de 2016¹ a los representantes del Presidente de la República en las juntas o consejos directivos de las entidades públicas descentralizadas de la Rama Ejecutiva, en el orden nacional, con fundamento en los siguientes antecedentes y consideraciones:

1. Sobre la calidad de los miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas, la directora (e) recuerda, en primer lugar, lo que dispone el parágrafo 2º del artículo 3 del Decreto Ley 2400 de 1968²:

"Las personas a quienes el Gobierno o las corporaciones Públicas confieran su representación en las Juntas Directivas de los Establecimientos Públicos, La (sic) Empresas industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su nombramiento y remoción se rigen por las disposiciones especiales relativas a esas entidades".

2. La misma regla está prevista para los miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas por servicios del orden departamental y municipal, conforme a lo establecido por el artículo 268 del Decreto Ley 1222 de 1986³ y el artículo 162 del Decreto Ley 1333 de 1986⁴.

3. igualmente, la funcionaria consultante resalta que, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 74 de la Ley 489 de 1998⁵, los particulares que son miembros de las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren, por ese solo hecho, la calidad de empleados públicos, categoría definida en el artículo 123 de la Constitución Política.

4. A este respecto, menciona que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que los miembros de las juntas a consejos directivos de las entidades públicas no tienen, por ese solo hecho, la calidad de empleados públicos, aunque podrían tener ese carácter previamente, en virtud del cargo o empleo que ocupen al momento de su designación como integrantes de la junta o el consejo. En esa medida, los miembros de tales juntas o consejos directivos pueden ser particulares a empleados públicos.

En este sentido, transcribe extractos de dos sentencias proferidas por la Sección Quinta de esta corporación, el 19 de agosto de 2004 y el 17 de febrero de 2005⁶.

5. De las normas y la jurisprudencia citadas, la Directora (E) de la Función Pública infiere que el solo hecho de que una persona sea miembro de una junta o consejo directivo de una entidad descentralizada, no le confiere la calidad de empleado público, aunque ejerza funciones públicas.

6. Por otra parte, la funcionaria consultante recuerda que la Ley 1821 de 2016, promulgada el 30 de diciembre de ese arlo, aumento la edad de retiro forzoso para las personas que desempeñan funciones públicas, hasta los setenta (70) años.

7. Asimismo, memora que, sobre la aplicación de dicha ley, la Sala de Consulta y Servicio Civil emitió el concepto 2326 de 2017⁷, en uno de cuyos apartes manifestó:

"(...) es necesario recordar que el objeto principal del proyecto de ley que derivó en la Ley 1821, fue, desde su presentación, el de aumentar la

edad de retiro forzoso, inicialmente para ciertos servidores públicos y para los particulares que cumplieran funciones públicas de modo permanente, y más adelante, para todas las personas que cumplieran funciones públicas (incluidos servidores públicos y particulares).

En ninguna parte de los antecedentes de la ley consta que con ella se hubiese pretendido eximir de esta causal de retiro forzoso a determinados servidores públicos o a particulares que cumplieran funciones públicas y que, de acuerdo con la normatividad anterior, estuvieran sujetos a esta modalidad de retiro".

En atención a las consideraciones anteriores, la funcionaria consultante planteó a la Sala las siguientes PREGUNTAS:

"¿La edad de retiro forzoso establecida en la Ley 1821 de 2016, que cubija a las personas que desempeñen funciones públicas, resulta aplicable a los representantes del Presidente de la Republica en las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas de la Rama Ejecutiva del orden nacional que seas particulares?

De ser afirmativa la respuestas anterior, dos particulares que hacen parte de consejos o juntas directivas deben ser retirados de estas instancias una vez cumplan la edad de 70 años?".

I. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a los interrogantes formulados, la Sala analizara, en su orden, los siguientes puntos: (i) las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas del orden nacional: carácter jurídico de sus miembros; (ii) el ejercicio de funciones públicas por los particulares: su carácter transitorio a permanente; (iii) La Ley 1821 de 2016 y la edad de retiro forzoso, y (iv) aplicación de la ley 1821 a los miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas

A. Las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas del orden nacional. El carácter jurídico de sus miembros

El artículo 150, numeral 7°, de la Constitución Política dispone que una de las funciones que el Congreso de la Republica ejerce, mediante la expedición de las Leyes, consiste en "determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta".

(Subrayamos).

En armonía con lo anterior, el artículo 201 ibídem prescribe:

"ARTICULO 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios solo pueden ser creadas por ley o por autorización de esta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.

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

La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes". (Se resalta).

Asimismo, el artículo 189 de la Carta incluye, entre las funciones del Presidente de la Republica como "Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa", la de "[s]uprimir a fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley (numeral 15), y modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley" (numeral 16). (Subrayas añadidas).

De estas normas constitucionales se infiere claramente que la competencia para: (i) determinar la estructura general de la administración pública nacional, tanto en el sector central como en el descentralizado; crear o autorizar la creación, según el caso, de organismos y entidades públicas, incluyendo sus objetivos y estructura orgánica; (iii) suprimir a fusionar las mismas entidades y organismos; (iv) señalar las reglas y principios generales con base en los cuales el Gobierno Nacional puede suprimir o fusionar organismos y entidades administrativas nacionales, o modificar su estructura, y (v) establecer las condiciones en que los particulares pueden ejercer funciones administrativas, entre otros asuntos, corresponde al Congreso de la Republica, mediante la expedición de la ley o las leyes respectivas.

El legislador, en ejercicio de estas competencias, dicta la Ley 489 de 1998, que se aplica, según lo dispuesto en su artículo 2°, "a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicas o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas". (Se resalta).

Además, conforme a lo previsto en el párrafo del mismo artículo, las normas de dicha ley que establecen los principios propios de la función administrativa y el régimen de las entidades descentralizadas, entre otras materias, son aplicables, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les reconoce la Constitución Política.

En punto a la integración de la Rama Ejecutiva en el orden nacional, el artículo 38 ejusdem señala que dicha rama está conformada por un concepto Sala de Consulta en el Ejercicio de servicios, del cual forman parte las siguientes entidades:

"ARTICULO 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el Orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

(...)

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
- g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder

PARÁGRAFO 1. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

El artículo 50 de la misma ley prevé que las leyes que dispongan la creación de un organismo o entidad administrativa deben determinar sus objetivos y estructura orgánica, entre otras aspectos, y señala que la estructura debe incluir "[e] señalamiento de los Órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares" (numeral 5°) (subrayamos).

Por su parte, el artículo 68 ídem precisa que "[g]as entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos" (subrayamos), y el párrafo primero de la misma norma reitera que, conforme al artículo 210 de la Carta Política, "el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial".

Ahora bien, en cuanto a los establecimientos públicos, en particular, el artículo 72 de la Ley 489 dispone que la dirección y administración de tales entidades estará a cargo de un consejo directivo y de un director, gerente o presidente. En relación con la composición de los mencionados consejos directivos, con sus funciones y con la designación, la naturaleza jurídica y el régimen de sus miembros, los artículos 73 a 76 de la misma ley estatuyen, en lo pertinente:

"ARTICULO 73. Integración de los consejos de los establecimientos públicos y deberes de sus miembros. Los consejos directivos de los establecimientos públicos se integraran en la forma que determine el respectivo acto de creación.

Todos los miembros de los consejos directivos o asesores de los establecimientos públicos deberán obrar en los mismos consultando la política gubernamental del respectivo sector y el interés del organismo ante el cual actúan.

Los consejos de los establecimientos públicos, salvo disposición legal en contrario, serán presididos por el Ministro o el Director de Departamento Administrativo a cuyo despacho .se encuentre adscrita la entidad o por su delegado.

ARTÍCULO 74. Los particulares miembros de los consejos directivos o asesores de los establecimientos políticos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos. Su responsabilidad, to misma qua sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes de la materia y los estatutos internos del respectivo organismo.

ARTÍCULO 75. Delegados oficiales ante los consejos directivos. Los ministros y directores de Departamento Administrativo y demás autoridades nacionales que puedan acreditar delegados suyos para formar parte de consejos directivos de establecimientos públicos, lo harán designando funcionarios del nivel Directiva o Asesor de sus correspondientes reparticiones administrativas o de organismos adscritos o vinculados a so Despacho.

(...)

ARTÍCULO 76. Funciones de los consejos directivos de los establecimientos públicos. Corresponde a los consejos directivos de los establecimientos públicos:

- a) Formular a propuesta del representante legal, la política general del organismo, los planes y programas que, conforme a la Ley Orgánica de

Nacional de Desarrollo;

b) Formular a propuesta del representante legal, la política de mejoramiento continuo de la entidad, así como los programas orientados a garantizar el desarrollo administrativo;

c) Conocer de las evaluaciones semestrales de ejecución presentadas por la administración de la entidad;

d) Proponer al Gobierno Nacional las modificaciones de la estructura orgánica que consideren pertinentes y adoptar los estatutos internos de la entidad y cualquier reforma que a ellas se introduzca...

e) Aprobar el proyecto de presupuesto anual del respectivo organismo;

f) Las demás que les señalen la ley, el acto de creación y los estatutos internos".
(Subrayas ajenas al texto).

De las normas citadas, se colige que los consejos directivos de los establecimientos públicos: (i) se integran en la forma que determine el respectivo acto de creación;

(ii) deben ser presididos por el ministro o director de departamento administrativo a cuyo despacho se encuentre adscrito el establecimiento, o por su delegado, salvo que una ley especial disponga lo contrario; (iii) pueden estar integrados por servidores públicos y particulares, o exclusivamente por servidores públicos; (iv) en el primer caso, los citados particulares no adquieren, por el solo hecho de formar parte del consejo, la calidad de empleados públicos, aunque cumplen funciones públicas; (v) los miembros que sean servidores públicos pueden designar delegados, quienes deben corresponder al nivel directivo o asesor de sus correspondientes dependencias administrativas, o de organismos adscritos o vinculados, y (vi) los referidos consejos directivos tienen a su cargo las funciones que señala el artículo 76 de la Ley 489 de 1998, ademas de las que les fije ley que crea el respectivo establecimiento y sus estatutos internos.

Con respecto a las otras entidades descentralizadas, la Ley 489 de 1998 dispone lo siguiente:

- Según el artículo 82, las unidades administrativas especiales y las superintendencias con personería jurídica son entidades descentralizadas, se sujetan al régimen jurídico previsto en la ley que las crea y, en lo no previsto en este, a lo dispuesto en la Ley 489 para los establecimientos públicos.

- El artículo 83 establece que las empresas sociales del Estado (E.S.E.) se sujetan al régimen previsto para ellas en las Leyes 100 de 1993⁹ y 344 de 1996⁹, "y en la presente ley en los aspectos no regulados por dichas Leyes".

- El artículo 84 preceptúa que las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios se sujetan a la Ley 142 de 1994¹⁰ y "a lo previsto en la presente ley en los aspectos no regulados por aquella".

- Con respecto a las empresas industriales y comerciales del Estado, el artículo 88 estatuye que la dirección y administración de tales entidades estará a cargo de una "Junta Directiva" y de un gerente o presidente, y el artículo 89 dispone:

"ARTICULO 89. Juntas Directivas de las empresas estatales. La integración de las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado, la calidad y los deberes de sus miembros, su remuneración y el régimen de sus inhabilidades e incompatibilidades se regirán por las disposiciones aplicables a los establecimientos públicos conforme a la presente ley.

Además, los delegados de organizaciones privadas en las juntas directivas de las empresas no podrán ostentar cargos de dirección en empresas privadas que desarrollen actividades similares a las de la empresa ante la cual actúan y en todo caso deberán declararse impedidos cuando ocurran conflictos de intereses". (Se destaca).

Asimismo, el artículo 90 señala las funciones de las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales, en forma similar a las que tienen los consejos directivos de los establecimientos públicos, aunque con las diferencias que se derivan del objeto propio de dichas empresas, dirigido a la realización de actividades industriales y comerciales.

En relación con las sociedades de economía mixta, el artículo 97 prescribe que estas son "organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley", y el párrafo de la misma disposición itera que el régimen de las actividades y los servidores de las sociedades en las que el aporte de la Nación, de entidades territoriales o de entidades descentralizadas sea igual o superior al noventa (90%) del capital social, es el mismo de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Por otra parte, el artículo 98 establece la obligación de señalar, en el acto de constitución de estas sociedades, las condiciones de participación del Estado, y conforme al artículo 99, la representación de las acciones que la Nación tenga en una sociedad de economía mixta corresponde al ministro o director de departamento administrativo a cuyo despacho se encuentre vinculada la sociedad, o al respectivo representante legal, en caso de que las acciones pertenezcan a un establecimiento público o a una empresa industrial y comercial del Estado.

Por otro lado, en lo que atañe a las denominadas "entidades descentralizadas indirectas", es decir, aquellas conformadas por entidades

descentralizadas del orden nacional en conjunto con otros organismos o entidades del nivel nacional o territorial y, eventualmente, con particulares, es pertinente recordar, en primer lugar, que conforme al artículo 94, las empresas y sociedades que se creen con la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado, o entre estas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales, se rigen por las disposiciones establecidas en sus actos de creación, y por las normas del Código de Comercio, salvo en los asuntos que regula de manera especial aquel artículo.

Finalmente, con respecto a las entidades sin ánimo de lucro que conformen las entidades públicas, vale la pena recordar que estas pueden crearse mediante la asociación de varias entidades u organismos del Estado, como mecanismo de cooperación interinstitucional, para el cumplimiento de las funciones administrativas o la prestación de los servicios que tengan a su cargo, según lo normado por el artículo 95 de la misma ley, evento en el cual dichas entidades quedan sujetas a las disposiciones del Código Civil y a las normas que regulan este tipo de personas jurídicas, y "[s]us Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos".

El recuento normativo efectuado permite concluir que la conformación y el funcionamiento de los consejos o juntas directivas de las entidades descentralizadas del orden nacional, así como la calidad, la forma de designación, los deberes, prohibiciones, incompatibilidades e inhabilidades y, en general, el régimen jurídico de sus miembros, se rigen por lo dispuesto en la Ley 489 de 1998 Para los establecimientos públicos, con excepción de las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga una participación inferior al 90% en su capital social, de las entidades descentralizadas indirectas que no sean sociedades entre entidades públicas o sociedades de economía mixta sujetas al régimen de las empresas industriales y comerciales y de las entidades sin ánimo de lucro, todas las cuales se rigen por las disposiciones del derecho privado, sin perjuicio de lo previsto de manera particular para dichas entidades en Ley 489, en leyes especiales y en otras normas constitucionales y legales (como aquellas que protegen el patrimonio público o regulan la conducta de los servidores públicos que participen o actúen en los órganos de dirección y administración de tales entidades).

De estas disposiciones se infiere claramente que los consejos o las juntas directivas de las entidades públicas descentralizadas pueden estar integradas parcialmente por personas naturales que no tengan la calidad de servidores públicos, de la forma y en la proporción en que lo establezcan las leyes especiales que ordenen o autoricen su creación, así como sus respectivos estatutos internos, y que tales particulares no pierden su calidad por el solo hecho de participar en estos órganos colegiados, es decir, que no se transforman en empleados públicos o en otra clase de servidores públicos, aunque tengan a su cargo el ejercicio de funciones públicas.

Ahora Bien, debe aclararse que, al menos en el caso de los establecimientos públicos, de las superintendencias y unidades administrativas especiales con personería jurídica, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta con el régimen jurídico de aquellas, pueden presentarse tres situaciones diferentes, que es importante distinguir para delimitar adecuadamente el análisis que se realizara en los acápite siguientes, y comprender mejor las respuestas que se darán a las preguntas formuladas:

i) Que ley que crea o autoriza la constitución de una entidad descentralizada y/o sus respectivos estatutos, según el caso, establezcan directa y expresamente que uno a varios de los miembros de su consejo o junta directiva sean particulares, como sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que algunos de dichos miembros representan determinadas personas jurídicas de derecho privado (universidades, gremios, instituciones científicas etc.) o ciertos sectores de la sociedad (estudiantes, sindicatos, cooperativas, empresarios etc.), caso en el cual tales integrantes del consejo o de la junta directiva tienen necesariamente el carácter de particulares.

ii) Que la ley que crea a autoriza la constitución de la entidad descentralizada y/o sus respectivos estatutos, según el caso, disponga que uno o varios de los miembros de su consejo a junta directiva sean representantes (directos o personales) del Presidente de la Republica o de otro organismo, entidad funcionario del Estado, designados libremente por estos. En dicho evento, la representación podría recaer en un particular a en un servidor público, según lo que determine el Presidente a la entidad, organismo o funcionario encargado legal a estatutariamente de hacer la designación.

iii) Y, finalmente, que la ley que crea o autoriza la constitución de la entidad descentralizada y/o sus respectivos estatutos, según el caso, establezca que determinadas empleados públicos que hagan parte de la junta o del consejo directivo (por ejemplo, ministros, viceministros o directores de departamento administrativo, entre otros) puedan delegar en otras personas su participación en dicho órgano. En este caso, al contrario de lo mencionado en el numeral anterior, la delegación no puede recaer en particulares, sino solo en servidores públicos de la misma dependencia, organismo a entidad pública que dirija el miembro de la junta o consejo, a de organismos o entidades adscritas a vinculadas a su despacho, como se desprende de lo dispuesto en los artículos 9¹¹ y 75 (antes citado) de la Ley 489, y en los artículos 6 y 7 del Decreto Ley 128 de 1976¹².

Sobre este último punto la Sala, en el concepto 2051 de 2011¹³, manifestó:

"... el Ministerio pregunta si se puede conferir a los particulares la participación del Ministro en consejos o juntas, mediante la figura del ejercicio de funciones administrativas por particulares, contemplada en el artículo 110 de la ley 489 de 1998. Sobre este particular se encuentra que, en efecto, el capítulo XVI de la ley 489 de 1998, intitulado "Ejercicio de funciones administrativas por particulares", en los artículos 110 a 114 fija las reglas conforme a las cuales las entidades o autoridades administrativas pueden conferir a personas naturales y jurídicas privadas el ejercicio de funciones administrativas.

Además de que el procedimiento administrativo descrito resulta cornúpetamente ajeno al normal desempeño de las responsabilidades de representación personal de un Ministro ante las instancias directivas de entidades u organismos estatales, el hecho es que el capítulo XVI de la ley 489 de 1998 contiene una regulación de carácter general para la administración que en ningún caso puede prevalecer sobre la norma especial que, para el caso específico de la delegación de funciones ministeriales, establece el inciso segundo del artículo 9° de la ley 489 de

1998 arriba analizado.

Esta es una norma de imperativo cumplimiento que no permite, por tanto, interpretaciones alternativas ni subsidiarias.

(...)

"1. ¿Puede el Ministro de Transporte delegar en particulares su participación o representación para hacer parte de consejos, comités o juntas, o solo está autorizado para hacerlo en funcionarios del nivel directivo o asesor?

El Ministro de Transporte no puede delegar en particulares su participación o representación en consejos directivos o profesionales, juntas directivas o comités, sino que puede hacerlo únicamente en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor de su Ministerio". (Negrillas del original; subrayas añadidas).

Por lo tanto, en los casos señalados en los numerales i) y ii) anteriores, los consejos directivos a las juntas directivas de las entidades públicas descentralizadas pueden estar integrados parcialmente por miembros que sean particulares, quienes no pierden su carácter por el hecho de pertenecer a tales órganos, aunque deban ejercer, en tal condición, funciones públicas.

Por último, es necesario mencionar que la Ley 489 de 1998 somete a los miembros de las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta cuyo régimen sea asimilable al de aquellas y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, a las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en el Decreto Ley 128 de 1976.

En efecto, el artículo 102 de la citada ley prescribe:

"ARTÍCULO 102. Inhabilidades e incompatibilidades. Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen".(Subrayas ajenas al texto original).

Este decreto fue expedido por el Presidente de la Republica en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 1 de la Ley 28 de 1974, para:

"k) Modificar las normas vigentes sobre Órganos de dirección y administración de las entidades descentralizadas, para lo cual podrá:

(...)

3. Fijar calidades para poder ser Gerente, Director o Presidente de organismo descentralizado a miembro de las Juntas o Consejos Directivos de estos, y

4. Dictar un estatuto de responsabilidades, incompatibilidades e inhabilidades de las personas a que se refiere el numeral anterior". (Destacamos).

Del Decreto Ley 128 de 1976, resulta importante transcribir parcialmente, para los fines de este concepto, lo dispuesto en los artículos 3, 9, 10, 11, 12, 14, 15 y 19:

"ARTÍCULO 3°. De quienes no pueden ser elegidos o designados miembros de juntas o consejeros, gerentes o directores.

Además de los impedimentos o inhabilidades que consagren las disposiciones vigentes, no podrán ser elegidos miembros de Juntas a Consejos Directivos, ni Gerentes a Directores quienes:

- a). Se hallen en interdicción judicial;
- b). Hubieren sido condenados por delitos contra la administración pública, la administración de justicia o la fe pública, o condenados a pena privativa de la libertad por cualquier delito, exceptuados los culposos y los políticos;
- c). Se encuentren suspendidos en el ejercicio de su profesión a lo hubieren sido por falta grave o se hallen excluidos de ella;
- d). Coma empleados públicos de cualquier orden hubieren sido suspendidos por dos veces o destituidos;
- e). Se hallaren en los grados de parentesco previstos en el Artículo 8a. de este Decreto;
- f). Durante el año anterior a la fecha de su nombramiento hubieren ejercido el control fiscal en la respectiva entidad.

(...)

ARTÍCULO 9°. De las prohibiciones para los miembros de las juntas y para los gerentes o directores. Además de las prohibiciones contenidas en otras normas, los miembros de las Juntas y los Gerentes o Directores no podrán:

1. Aceptar, sin permiso del Gobierno, cargos, mercedes, invitaciones o cualquier clase de prebendas provenientes de entidades o gobiernos extranjeros;
2. Solicitar o recibir, directamente o por interpuesta persona, gratificaciones, dadas o recompensas como retribución por actos inherentes a su cargo;
3. Solicitar o aceptar comisiones en dinero o en especie por concepto de adquisición de bienes y servicios para el organismo.

(...)

ARTÍCULO 10. De la prohibición de prestar servicios profesionales.

Los miembros de las Juntas o Consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los Gerentes o Directores, dentro del periodo últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece.

ARTÍCULO 11. De la prohibición de designar familiares.

Las Juntas y los Gerentes o Directores no podrán designar para empleos en la respectiva entidad a quienes fueren cónyuges de los miembros de la entidad o de estos o se hallaren con los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

ARTÍCULO 12. De la prohibición de actuar en contra de la nación.

No podrán ejercer la profesión de abogado contra las entidades del respectivo sector administrativo, quienes hagan parte de las Juntas o Consejos a que se refiere el presente Decreto, a menos que se trate de la defensa de sus propios intereses o de las de su cónyuge e hijos menores.

(...)

ARTÍCULO 14. De las incompatibilidades de los miembros de las juntas y de los gerentes o directores.

Los miembros de las Juntas o Consejos Directivos y los Gerentes o Directores no podrán, en relación con la entidad a la que prestan sus servicios y con las que hagan parte del sector administrativo al cual pertenece aquella:

- a. Celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno;
- b. Gestionar negocios propios o ajenos, salvo cuando contra los mismos se entablen acciones por dichas entidades a se trate de reclamos por el cobro de impuestos o tasas que se hagan a los mismos, a su cónyuge o a sus hijos menores, o del cobro de prestaciones y salarios propios.

Las prohibiciones contenidas en el presente Artículo regirán durante el ejercicio de las funciones y dentro del año siguiente al retiro de la entidad.

Tampoco podrán las mismas personas intervenir, por ningún motivo y en ningún tiempo, en negocios que hubieren conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones.

No queda cobijado por las incompatibilidades de que trata el presente Artículo el uso que se haga de los bienes o servicios que la respectiva entidad ofrezca al público bajo condiciones comunes a quienes los soliciten.

(...)

ARTÍCULO 15. Aplicabilidad de las normas penales a los miembros de las juntas.

Por cuanto ejercen funciones públicas y se hallan encargados de la prestación de un servicio público y del manejo de fondos o rentas oficiales, a los miembros de las Juntas o Consejos que no tienen por este hecho la calidad de empleados públicos, les son aplicables las disposiciones del Título III del Código Penal sobre "Delitos contra la Administración Pública". A quienes sí tengan la calidad de funcionarios o empleados públicos, se aplicaran las disposiciones penales previstas para estos.

ARTÍCULO 19. Del abuso de funciones. Los miembros de las Juntas o Consejos y los Gerentes o Directores que, valiéndose de su cargo, ejecuten funciones públicas distintas de las que legalmente les corresponden, serán destituidos y no podrán en adelante desempeñar cargos públicos". (Negritas del original; subrayas añadidas).

entidades descentralizadas pueden ser empleados públicos o particulares; (ii) que estos últimos no dejan de serlo por el hecho de pertenecer a la respectiva junta o consejo y, por lo tanto, pueden seguir ejerciendo su profesión u oficio, ocupar cargos de naturaleza privada y realizar negocios o actividades económicas particulares, con excepción de las conductas que les prohíbe expresamente el citado decreto u otras normas legales, y (iii) que todos los miembros de dichos cuerpos colegiados cumplen funciones públicas, por lo que están sometidos al mismo régimen de deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades, independientemente de su condición de servidores públicos o particulares.

Finalmente, es pertinente resaltar que ninguna de las causales de inhabilidad a inelegibilidad previstas en el Decreto 128 de 1974 y, por remisión, en la Ley 489 de 1998, tiene relación con la edad de la persona postulada o nominada.

B. El ejercicio de funciones públicas por particulares: su carácter transitorio o permanente

Como es sabido, las funciones públicas son inherentes a la existencia y a la actividad del Estado, por lo que, normalmente y como regla general, tales funciones son ejercidas por las ramas, órganos, entidades y organismos que lo conforman, los cuales actúan, a su vez, por intermedio de las personas naturales que, en su condición de trabajadores o empleados, les prestan sus servicios personales de manera subordinada y remunerada (servidores públicos).

Sin embargo, dicha regla general no impide que, excepcionalmente, ciertas funciones públicas sean ejercidas por particulares, ya se trate de personas naturales o jurídicas, como lo acepta expresamente la Constitución Política en varias normas, entre ellas, los artículos 116, 123, 210 y 267, y también, según la jurisprudencia, el artículo 131.

Como punto de partida, debe mencionarse que el inciso final del artículo 123 se refiere, en general, a la posibilidad de que los particulares ejerzan funciones públicas, conforme a la ley:

"La ley determinare el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regular su ejercicio".

Por su parte, en tratándose de la función jurisdiccional, específicamente (que es una de dichas funciones), el artículo 116 ibídem permite que los particulares la cumplan de forma transitoria:

"Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho a en equidad, en los términos que determine la Ley"

Con relación a la función administrativa, propiamente dicha, el segundo inciso del artículo 210 preceptúa:

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

Y el artículo 267 de la misma Carta permite que la función de control fiscal se ejerza excepcionalmente por un particular que sea contratado para el efecto:

"ARTICULO 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la Republica.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta padre, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos. v contratadas previa concepto del Consejo de Estado.

(...)" (Se destaca).

De las normas superiores transcritas, en armonía con lo dispuesto en los artículos 150, numeral 23, y 121 de la Constitución, se puede inferir una primera regla general en esta materia, consistente en que los particulares pueden ejercer determinadas funciones públicas (no todas ni un grupo indeterminado de ellas) cuando así se los autorice expresamente la ley y en las condiciones que esta señale.

De los mismos preceptos pareciera desprenderse una segunda regla general, a saber: que la ley solo puede autorizar a los particulares el cumplimiento de funciones públicas de manera temporal, ocasional o transitoria.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la Constitución Política, directamente, o la ley, con sujeción a aquella, pueden facultar a los particulares para cumplir ciertas funciones públicas de modo permanente, como ocurre con el servicio cíclico notarial y la función fedataria, asignados por la Constitución (artículo 131) a los notarios, que son particulares, según la jurisprudencia, y también con la función del registro mercantil, atribuida por la ley (Código de Comercio) a las cámaras de comercio.

Así lo explico la Corte, en la sentencia C-702 de 1999¹⁴, en la que resolvió una demanda contra varias normas de la Ley 489, algunas de las cuales permiten, en opinión del actor, el ejercicio de la función administrativa por particulares de forma permanente, lo que resultaba, a su sentir, violatorio de la Carta:

"2.-Las expresiones "permanente" "y si fuere el caso, del sector privado" del parágrafo 2° del artículo 38; "prorrogables" del numeral 2°. del artículo 59, cuestionadas a causa de la asignación de funciones públicas permanentes a particulares."

a los particulares.

El actor considera que las expresiones demandadas de los artículos mencionados rinen con el artículo 123 del Estatuto Superior, en cuanto permiten que los particulares puedan asumir una competencia pública en forma permanente, siendo que la Carta Política únicamente permite que puedan hacerlo de manera temporal.

Para desvirtuar la lectura que del texto constitucional hace el demandante, e ilustrar que la asignación de funciones públicas a los particulares, cuya duración tenga (sic) un límite en el tiempo, se aviene a la Carta Política y, que contrariamente a lo afirmado por el actor, constituye expresión prístina de sus postulados y principios que promueven la participación ciudadana en la gestión de lo público, basta con traer a colación la sentencia C-286 de 1996... en la que esta Corporación hizo un recuento de las normas constitucionales en las que el Constituyente avaló esta visión, por lo cual la propia Carta Política da cuenta de:

"... la existencia de varias disposiciones constitucionales que hacen posible el ejercicio permanente de la función pública por particulares, tales son los casos de los notarios (artículo 131 C.P.), de las autoridades indígenas en ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (artículo 246 C.P.), v de la prestación de servicios públicos (artículo 365 C.P.) entre otros"

En la oportunidad que se cite, ya la Corte se había referido a la interpretación plausible del artículo 123 C.P., a la luz de los otros preceptos de la Carta que dan validez constitucional al ejercicio permanente de funciones públicas por particulares.

Conviene reproducir su razonamiento para despejar el equívoco en que incurre el actor, al hacer una lectura literal del artículo 123 de la Carta.

Dijo entonces la Corte y en esta oportunidad se reitera:

"...no puede afirmarse que la temporalidad deducida del enunciado artículo 123 de la Constitución, sea regla absoluta y rígida que impida en cualquier caso el ejercicio de funciones públicas permanentes por personas privadas.

Dedúcese de lo expuesto que el cargo resulta infundado en cuanto cuestiona el ejercicio limitado en el tiempo de funciones públicas por particulares o de representantes del sector privado con asiento en los Consejos Superiores de la administración; o como integrantes de organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella. que funcionaren con carácter permanente o temporal que es lo que consagran el parágrafo 2° del artículo 38; y el numeral 9 del artículo 59, a que pertenecen las expresiones "permanente" "y si fuere el caso, del sector privado "y personas privadas" que, por ello, resultan exequibles". (Negritas del original; subrayas añadidas).

Asimismo, como se menciona en la sentencia citada y en su precedente, existen normas legales, tanto de la Ley 489 de 1998 como de otros ordenamientos, que se refieren expresamente al ejercicio de funciones públicas por parte de particulares (personas naturales o jurídicas) en forma permanente. A título de ejemplo, merece la pena citar lo dispuesto, en su parte pertinente, por el artículo 53 de la Ley 734 de 2002¹⁵, modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011¹⁶:

"ARTÍCULO 53. Sujetos disciplinables. El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los Órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditara, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.
(...)" (Resaltamos).

De lo anterior se deduce claramente que el ordenamiento jurídico colombiano permite, aunque de manera excepcional, el ejercicio de determinadas funciones públicas por los particulares, tanto de forma temporal, transitoria u ocasional, como de modo permanente, según lo que establezca la Carta Política y la ley en cada caso.

Naturalmente, la titularidad de tales funciones sigue estando, todas las veces, en cabeza del Estado, que también conserva su regulación, supervisión y control, y puede retomar su ejercicio en forma directa, en cualquier momento. Por su parte, los particulares, al ejercer dichas funciones, están sujetos a los límites, condiciones y demás reglas que señalan la Constitución y la ley, inclusive en materia de inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones, responsabilidades etc.

Acerca de los límites constitucionales para el ejercicio de la función administrativa por parte de particulares, la Corte Constitucional, en la sentencia C-866 de 1999¹⁷, mediante la cual resolvió una demanda contra algunos apartes de los artículos 110 y 111 de la Ley 489, sostuvo:

"La afirmación del demandante impone a la Corte el tratar de responder la siguiente pregunta relativa a las funciones administrativas que pueden ser atribuidas a los particulares: ¿Es posible atribuir todo tipo de funciones administrativas a los particulares?"

7. Prima facie la Corte encuentra que la respuesta es negativa. Y llega a esta conclusión a partir de análisis detallado de la función administrativa según la Constitución, y de los principios doctrinales que tradicionalmente se han aceptado en tomo a ella.

7.1 (...) 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...

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... Empero, no todas las funciones administrativas asignadas por la Constitución [a] 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...

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

7.3 Pero no solo 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... a la autoridad o entidad pública titular de la función."¹⁸

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. (...)

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 los 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 este reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias. ...)

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. Por ello resulta particularmente importante que las funciones que se encomendaran a los particulares sean específicamente determinadas...

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 solo cabe tal atribución en las funciones que son ejercidas actualmente por el sector descentralizado de la Administración (descentralización por servicios). (...)

8. De otra parte, la Corte encuentra necesario recordar que para garantizar la vigencia de los principios superiores que gobiernan el ejercicio de la función pública (Art. 209 de la Carta), el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, resulta también extensivo a los particulares que vayan a ejercer funciones administrativas, como expresamente lo indica el artículo 113 de la Ley 489 de 1998...". (Subrayas ajenas al texto).

De todo lo anterior se concluye que, dentro de las condiciones y limitaciones señaladas, la Constitución Política directamente, o la ley, con sujeción a aquella, pueden conferir a particulares (personas naturales o jurídicas) el ejercicio de funciones administrativas y otras funciones públicas, de manera transitoria o permanente.

Ahora bien, a juicio de la Sala, el carácter permanente o transitorio del ejercicio de dichas funciones públicas no tiene mucho que ver con la duración de la autorización, habilitación o encargo que se otorgue al particular para el ejercicio de la función, sino con la forma -permanente y exclusiva, u ocasional y no exclusiva- en la que deba ejercerse dicha función.

En efecto, así como existen unas funciones públicas otorgadas de manera indefinida a los particulares por la Carta Política y la ley, como la función fedataria de los notarios o la de registro mercantil, asignada a las cámaras de comercio, situaciones en las que resulta claro y relativamente fácil de determinar que el ejercicio de tales funciones es permanente, existen otros casos en los que la Constitución o la ley no determinan exactamente la duración de la función pública que puede cumplir el particular, como sucede con el caso de los conciliadores, de los indígenas que ejercen jurisdicción, de los peritos, de los interventores en los contratos estatales, de las personas naturales o jurídicas que ejerzan funciones administrativas mediante contrato, de los síndicos y liquidadores en los procesos concursales y, también, de quienes actúan como miembros de las juntas y consejos directivos de las entidades públicas descentralizadas, consejos superiores de las universidades estatales y otros consejos, comités y juntas asesoras o decisorias de la administración.

En efecto, en estos casos, de acuerdo con las normas legales, reglamentarias y estatutarias que regulen el ejercicio de las respectivas funciones públicas, es posible que estas se deban cumplir por un tiempo indefinido (por ejemplo, hasta que lo disponga el Presidente de la República, o hasta que termine un proceso judicial o administrativo), o bien, que solamente puedan ejercerse por un plazo o término definido (prorrogable o no).

Como se observa, en este segundo caso, resultaría difícil y riesgoso definir como "permanente" o "transitorio" el ejercicio de la función pública por un particular, en atención al tiempo que dure dicha actividad, pues, como se observa, el ejercicio de dicha función puede tener una duración indefinida o definida, larga o corta.

Más técnico y, por lo tanto, más preciso, resulta definir la permanencia o transitoriedad en virtud de la forma como se debe ejercer la función pública por parte del particular.

Así, si el particular debe cumplirla permanente (mientras dure el encargo), es decir, todos los días y horas laborales, y frente a todas las personas, situaciones y casos que se presenten, dentro del ámbito material y objetivo de la función pública, puede decirse que esta se ejerce de manera permanente. Tales serían los casos de los notarios, las entidades y los empleados que manejan el registro mercantil, entre otros.

Por el contrario, si el particular solamente debe ejercer la función pública en forma ocasional o interrumpida, es decir, solo durante algunos días u ocasiones, y frente a determinadas personas, situaciones, entidades o casos específicamente determinados, puede afirmarse que el cumplimiento de dicha función pública no es permanente, sino temporal, transitoria o, con mayor precisión, ocasional. Este sería el caso de los árbitros, de los conciliadores, de los jurados de votación, de los interventores, de los peritos y también, a juicio de la Sala, de los particulares que actúan como miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades públicas descentralizadas, como se analizara más adelante.

Esta diferencia tiene consecuencias relevantes, en tres aspectos principales, por lo menos:

(i) En la determinación de si una persona particular ocupa y ejerce un cargo. En efecto, a juicio de la Sala, los particulares que ejercen funciones públicas de modo permanente tienen y ejercen un cargo, aunque este no pueda ser calificado legalmente como un "empleo o cargo público", pues dichas personas no son servidores públicos;

(ii) En la exclusividad o falta de exclusividad con la que deben ejercer la función Pública. En el caso de los particulares que ejercen de manera permanente la función pública, estos deben dedicar la totalidad de su tiempo laboral al cumplimiento de dicha función, con las excepciones que establezcan las normas legales y reglamentarias pertinentes (deber de exclusividad)¹⁹. Por el contrario, los particulares que ejercen funciones públicas de manera transitoria u ocasional no están sujetos, por regla general, a un deber de exclusividad, por lo que pueden ejercer libremente su profesión, oficio, negocio o actividad económica privada, con las excepciones que establezca la ley en cada caso, para evitar incompatibilidades y conflictos de competencia y, en general, garantizar la transparencia, imparcialidad y moralidad en el ejercicio de tales funciones.

(iii) En cuanto al régimen jurídico aplicable. En efecto, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, la ley puede establecer un régimen jurídico distinto para los particulares que cumplen funciones públicas de manera permanente, de aquellos que las ejercen de forma ocasional, en materia de inhabilidades, incompatibilidades, deberes, prohibiciones, responsabilidades, sanciones y otros aspectos de la función pública.

C. La Ley 1821 de 2016. Edad de retiro forzoso para las personas que ejerzan funciones públicas

Tal como se señala en la consulta, el Congreso de la República expidió la Ley 1821 de 2016²⁰, con el objeto específico y explícito de fijar en setenta (70) años la edad de retiro forzoso para las "personas que desempeñan funciones públicas".

Así aparece señalado en el epígrafe de la ley y en su artículo 1°, y se confirma con el análisis de sus antecedentes, tal como lo explico detalladamente la Sala de Consulta en el concepto 2326 de 2017, al cual remitimos.

Es importante destacar, en esta oportunidad, que en dicho concepto se concluyó que la Ley 1821 no se limita a aumentar la edad de retiro forzoso (de 65 a 70 años para los servidores públicos que ya estaban sometidos a esta causal de retiro, de acuerdo con el régimen anterior (generalmente, empleados públicos), sino en imponer la referida edad de retiro forzoso a todas los servidores públicos y a los particulares que ejerzan permanentemente funciones públicas y que, de acuerdo con la normatividad anterior, ya estuvieran sujetos a dicha causal de retiro (como los notarios), o no lo estuvieran, con las excepciones que trae la misma ley.

Así lo explica la Sala de Consulta en el referido concepto, al comentar el artículo 1° de la citada ley:

"A juicio de la Sala, este artículo trae dos (2) importantes consecuencias, desde el punto de vista jurídico; (i) en primer lugar, aumenta la edad de retiro forzoso, hasta los 70 años, para los cargos, posiciones y funciones públicas que ya estaban sometidos a la edad máxima de 65 años para su ejercicio, de acuerdo con la legislación anterior, y (ii) en segundo lugar, somete a la edad de retiro forzoso (70 años) a aquellos servidores públicos y particulares que ejerzan de manera permanente funciones públicas y que, de acuerdo con el régimen anterior, no estaban sometidos a dicha causal de retiro, con excepción solamente de los mencionados en el segundo inciso del mismo artículo, a los cuales nos referiremos más adelante". (Se destaca).

Lo anterior fue ratificado en otras partes del mismo concepto:

"Debe recordarse, además, que si bien la intención inicial de quienes presentaron el respectivo proyecto de ley, era la de aumentar la edad de retiro forzoso hasta los 70 años únicamente para ciertos servidores Públicos (los que ocuparan cargos "directivos o decisorios"), manteniendo para los demás la misma edad de retiro forzoso que se encontraba vigente (65 años), esta orientación fue modificada consciente y expresamente a partir del tercer debate del proyecto (primer debate en el Senado de la República), por sugerencia del Ministerio de Hacienda y por solicitud de varios senadores, en el sentido de extender la nueva edad de retiro forzoso a todas las personas que cumplieran funciones públicas, es decir, tanto los servidores públicos como los particulares que ejercieran funciones públicas en forma permanentes, con las salvedades que más adelante se incorporaron en el segundo inciso del artículo 1° de dicha iniciativa". (Subrayamos).

En igual sentido, al referirse a los efectos de la Ley 1821 de 2016 en el tiempo y a la posibilidad de que la misma afectara derechos adquiridos de las personas que estaban ejerciendo funciones públicas al momento de su promulgación, la Sala explicó:

"En el caso que nos ocupa. Sin embargo, no puede decirse que los servidores Públicos o los particulares que cumplan funciones públicas de manera permanente y estuvieran sujetos al retiro forzoso por la edad, tuvieran un derecho o, al menos, una expectativa legítima para desempeñar sus cargos o ejercer sus funciones de forma indefinida o hasta los 70 años...". (Se resalta).

Y más adelante, al referirse a la aplicación de la Ley 1821 a los notarios públicos, la Sala ratificó este entendimiento:

"En esa medida, si bien la citada ley resulta aplicable a los notarios públicos, por ser ellos particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente. tal como atrás se indicó, no es posible que la aplicación de dicha ley genere el desconocimiento o la vulneración de los derechos adquiridos por quienes resultaron incluidos válidamente en los primeros lugares de la lista de elegibles confeccionada como resultado del respectivo concurso de méritos". (Subrayas ajenas al texto).

No puede desconocerse, sin embargo, que en el mismo concepto aparecen los párrafos que se extractan en la consulta, y en los cuales se manifestó:

"... es necesario recordar que el objeto principal del proyecto de ley que derivó en la Ley 1821, fue, desde su presentación, el de aumentar la edad de retiro forzoso, inicialmente para ciertos servidores públicos y para los particulares que cumplieran funciones públicas de modo permanente, y más adelante, para todas las personas que cumplieran funciones públicas (incluidos servidores públicos y particulares).

En ninguna parte de los antecedentes de la ley consta que con ella se hubiese pretendido eximir de esta causal de retiro forzoso a determinados servidores públicos o a particulares que cumplieran funciones públicas y que, de acuerdo con la normatividad anterior, estuvieran sujetos a esta modalidad de retiro".

Si bien, en dichos apartes, la Sala se refirió en general, a los "particulares" y a los "particulares que cumplieran funciones públicas", sin hacer alusión a que tales funciones se ejerzan de manera permanente, al revisar de nuevo el concepto 2326, en su contexto y de forma integral, surge claro que esto obedeció a la simple necesidad de no repetir, en todo el documento, las expresiones "permanentemente" o "en forma permanente", pero de ninguna manera al propósito de transmitir la idea de que, a juicio de la Sala, la edad de retiro forzoso prevista en la Ley 1821 debiera aplicarse a todos los particulares que cumplan funciones públicas, inclusive aquellos que las ejerzan de manera transitoria u ocasional.

Aclarado lo anterior, la Sala ratifica, en esta ocasión, que la citada ley solo resulta aplicable, tratándose de los particulares, a quienes ejerzan funciones públicas de manera permanente y no ocasional.

Dado que dicha distinción no está prevista expresamente en la Ley 1821 de 2016, ni en su epígrafe ni en sus artículos, es necesario aclarar, en esta oportunidad, las razones por las cuales la Sala de Consulta y Servicio Civil considera que la citada ley no es aplicable a los particulares que ejerzan funciones públicas de manera transitoria u ocasional.

Tales argumentos son de tres clases: gramaticales o exegéticos, (ii) históricos y (iii) sistemáticos-constitucionales:

i) Desde un punto de vista gramatical, la Sala observa que la Ley 1821 de 2016 utiliza varias expresiones que permiten concluir que lo dispuesto allí no es aplicable a los particulares que cumplan funciones públicas en forma ocasional.

En efecto, los artículos 1 y 2 de la citada ley estatuyen, en lo pertinente:

"ARTÍCULO 1° (corregido por el artículo 1 del Decreto 321 de 2017). La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas en forma permanente, una vez cumplidos, se aplica para el retiro inmediato del cargo que desempeñen en forma permanente.

reintegradas bajo ninguna circunstancia.

(...)"

ARTÍCULO 2. La presente ley no modifica la legislación sobre el acceso al derecho a la pensión de jubilación. Quienes a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, accedan o se encuentren en ejercicio de funciones públicas no permanecer voluntariamente en los mismos, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social... aunque hayan completado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. A las personas que se acojan a la opción voluntaria de permanecer en el cargo, en los términos de la presente ley, no les será aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3o del artículo 90 de la Ley 797 de 2003". (Se destaca).

Como se aprecia en los apartes subrayados, la Ley 1821 utiliza la palabra "cargo" para referirse a las personas que desempeñen funciones públicas, sin distinguir, para tal efecto, entre servidores públicos y particulares. Igualmente, usa otras expresiones que dan contexto y ratifican al término empleado, tales como retiro del cargo, reintegro al cargo y permanencia en el cargo.

Como se explicó en el acápite anterior, el hecho de ocupar y ejercer un cargo, es una de las características que distinguen el ejercicio permanente de una función pública, por parte de un servidor público o de un particular, del simple ejercicio transitorio u ocasional de dicha función por un particular.

El Diccionario de la Lengua Española señala que la palabra "cargo" significa, en su segunda acepción: "dignidad, empleo, oficio".

Por su parte, el artículo 2 del Decreto Ley 770 de 2005²¹, define el concepto de empleo (público) en los siguientes términos:

"ARTICULO 20. Noción de empleo. Se entiende por empleo el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

Esta noción coincide, en lo fundamental, con la contenida en el artículo 2 del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el artículo 1 del Decreto 3074 de 1968, norma que, adicionalmente, distingue con claridad entre los empleos públicos, que están asociados al cumplimiento de funciones permanentes del Estado, y los "servicios ocasionales" que prestan ciertos particulares para apoyar o auxiliar las tareas de las entidades públicas:

"ARTICULO 2. Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

(...)

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos: obligatorios, como los jurados de conciencia a de votación: temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo a una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearan los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones". (Se resalta).

Como puede inferirse de las normas citadas, el término "empleo", que es sinónimo de "cargo", implica la asignación de un conjunto de funciones y competencias por parte de la Constitución Política, de la ley, del reglamento de otras normas jurídica, que han de ser cumplidas por una o varias personas actuales o futuras (quienes ocupen dicho cargo), con un fin determinado. De ella se colige que, indudablemente, no puede existir un cargo (al menos, público) sin funciones.

Pero de dichas normas y definiciones no puede concluirse lo contrario, es decir, que no existan funciones públicas sin cargo, como lo ensería el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, cuando se refiere a los "servicios ocasionales", "obligatorios" y "temporales" que algunos particulares prestan al Estado, y también cuando dispone que las funciones permanentes de la administración pública no pueden ejercerse sino en virtud de la creación de los respectivos empleos o cargos. En efecto, esta última regla implica, contrario sensu, que el desempeño de funciones administrativas en forma no permanente, es decir, transitoria u ocasional, puede realizarse sin necesidad de crear los respectivos empleos o cargos en la administración, esta es, mediante la celebración de contratos de prestación de servicios con particulares, siempre que se cumplan claro está, los demás requisitos y condiciones previstos actualmente en las normas que regulan la contratación estatal y la función pública.

Esta misma distinción entre cargos (o empleos) y funciones esta prevista (explícita o implícitamente) en varias normas de la Constitución, como los artículos 40 (numeral 70), 122 y 123.

La primera de las normas citadas establece y regula el derecho de todos los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, y dispone que uno de los mecanismos que pueden utilizar para ello consiste en "[a]cceder al desempeño de funciones y cargos (resaltamos).

Como se aprecia, esta disposición distingue claramente entre funciones (públicas) y cargos públicos, pues mientras que algunos ciudadanos acceden a cargos públicos, en su calidad de servidores públicos, otros se limitan a prestar funciones públicas de manera ocasional (sin perder por ello su calidad de particulares), y ambas opciones son manifestaciones del derecho consagrado en el artículo 40 de la Carta.

Por su parte, el artículo 122 prescribe que "[n]o habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente" (se subraya).

Y el artículo 123 dispone:

"ARTICULO 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 estén 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 determinara el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulara su ejercicio". (Resaltamos).

Como se infiere de estas normas, la Constitución Política distingue claramente entre los cargos o empleos públicos, las personas naturales que los ejercen (servidores públicos) y las funciones públicas, conceptos que, aun cuando están íntimamente relacionados, no corresponden a la misma idea ni pueden considerarse como sinónimos.

Es claro, entonces, que mientras no puede existir un cargo público que no tenga funciones asignadas previamente en la Constitución, en la ley o en lo reglamentos, si pueden existir funciones públicas que no estén atribuidas a un determinado cargo o empleo, como sucede, entre otros casos, con las funciones que corresponden al Estado, en general, o a una entidad pública, en particular, cuando la entidad que ha de cumplir tales funciones no ha sido creada, o los cargos respectivos en la misma no han sido establecidos todavía; y también, cuando tales funciones son cumplidas por particulares en forma ocasional o transitoria.

En esa medida, mientras que puede afirmarse que un notario, un registrador y otros servidores públicos o particulares tienen y ejercen ciertos cargos, no puede sostenerse válidamente que un árbitro, un jurado de votación, un secuestre o un interventor de un contrato estatal tengan un cargo, ya sea público o privado, pues simplemente son personas privadas que ejercen transitoriamente una función.

Ahora bien, como el artículo 1 de la Ley 1821 de 2016 establece, como efecto o consecuencia jurídica para las personas que desempeñen funciones públicas y Aleguen a la edad de setenta (70) arias, la de producirse "el retiro inmediato del cargo que desempeñen", al cual, además, no pueden ser "reintegrados" posteriormente, es forzoso concluir que tal disposición no puede ser aplicable a los particulares que ejerzan transitoria u ocasionalmente funciones públicas, pues estos no tienen ni desempeñan cargos y tampoco podrían ser reintegrados a estos.

(ii) Desde una perspectiva histórica, la Sala, al revisar de nuevo los antecedentes de la Ley 1821 de 2016, reseñados en el concepto 2326 de 2017, observa que no existe evidencia alguna de que el legislador, en algún momento, hubiera tenido la intención de afectar con la edad de retiro forzoso el cumplimiento transitorio u ocasional de funciones públicas por los particulares.

Al contrario, tal como se relató en el citado concepto, en el texto inicial del proyecto de ley presentado por varios congresistas, que se convertiría después en la Ley 1821 de 2016, se proponía el aumento en la edad de retiro forzoso (a 70 años) para algunos cargos directivos del Estado y para "los particulares que ejerzan funciones públicas de modo permanente" (se resalta), tal como lo disponía expresamente el artículo 1° de dicho proyecto.

El 30 de marzo de 2016, se constituyó una "comisión accidental", conformada por varios representantes a la Cámara de Representantes, con el fin de estudiar algunas inquietudes que surgieron sobre el alcance del proyecto de ley, a raíz de la presentación de la ponencia para segundo debate en la Cámara y su discusión en la plenaria de dicha corporación.

Paralelamente se conformó una subcomisión encargada de resolver los impedimentos que varios congresistas plantearon. Dicha subcomisión propuso que el aumento de la edad de retiro forzoso se extendiera a todos los servidores públicos y personas que cumplieran funciones públicas, tal como lo había sugerido también el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en un concepto que rindió ante esa corporación²², con el fin de unificar la edad de retiro forzoso en 70 años.

En el informe que la "comisión accidental" presentó el 10 de agosto de 2016, se explica que se acogieron las propuestas de varios partidos y bancadas, en el sentido de que la ley debía aplicarse a todas las personas que desempeñaran funciones públicas, y no solamente a quienes ocuparan determinados cargos altos o directivos en el Estado.

La misma comisión propuso, entonces, varios ajustes al texto del proyecto, entre los cuales se destaca la modificación al artículo 1°, en el sentido de que la nueva edad de retiro forzoso sería aplicable a "las personas que desempeñen funciones públicas, ya sea en régimen de carrera o de libre nombramiento y remoción" (se destaca), sin hacer ninguna distinción ni plantear tampoco excepciones a dicha regla.

Con base en estas proposiciones y con los cambios sugeridos, el proyecto de ley fue aprobado en sesión plenaria de la Cámara de Representantes los días 23 y 24 de agosto de 2016.

El 1° de noviembre de 2016, se presentó ponencia para primer debate en el Senado de la República (Comisión Séptima), junto con un pliego de modificaciones. En 2405 de 2016 se sugirieron los siguientes cambios, entre otros:

- En el artículo primero, se recomendó eliminar la frase "ya sea en régimen de carrera o libre nombramiento y remoción", con la que dicho artículo había sido aprobado en la plenaria de la Cámara de Representantes, y se propuso añadir un segundo inciso, para aclarar que "[I]o aquí dispuesto no se aplicara a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el artículo 1° del Decreto Ley 3074 de 1968".

- En el artículo 2, se sugirió suprimir la expresión: "de cualquiera de los cargos a los que hace referencia el artículo primero", y se sustituyó por "en ejercicio de funciones públicas".

El 9 de noviembre del mismo año, los senadores ponentes presentaron una propuesta sustitutiva de los artículos 1 y 2 del proyecto de ley. En relación con el artículo 1, proponían algunos ajustes de redacción, que justificaron de la siguiente manera:

"La propuesta sustitutiva que nos permitimos proponer a la Honorable Comisión no altera absolutamente en nada el sentido del proyecto, tal como lo sugiere la ponencia presentada para primer debate en el Senado, pero corrige, en cuanto al artículo primero, la redacción que allí se proponía, la cual, por un error de transcripción, adolecía de inconsistencias y repeticiones innecesarias que lograban hacer confusa una disposición que en verdad puede ser sencilla y prístina: el retiro forzoso del cargo a los setenta años para todas las personas que desempeñan funciones públicas, salvo las excepciones que allí se establecen.(...)". (Subrayas ajenas al original).

Esta proposición sustitutiva fue acogida favorablemente por mayoría de votos en la Comisión Séptima del Senado de la República, el día 9 de noviembre de 2016.

El 22 de noviembre de 2016 se presentó la ponencia para segundo debate en el Senado, en la cual se propuso a la plenaria acoger el texto del proyecto que fue aprobado en la Comisión Séptima de dicha corporación.

Posteriormente, la Mesa Directiva del Senado dispuso que se constituyera una subcomisión de senadores, para que estudiara las inquietudes planteadas por varios miembros de esa corporación pública y presentara un informe al respecto.

El informe solicitado fue entregado al Presidente del Senado en comunicación del 12 de diciembre de 2016. En relación con la finalidad y el objeto del proyecto, en dicho informe se explicó que lo que se pretendía era ampliar, de 65 a 70 años, la edad máxima de retiro para las personas que ejercían funciones públicas, sin modificar el régimen pensional vigente. Asimismo, se aclaró que el proyecto de ley "consagra unas excepciones contenidas en el Decreto 3074 de 1968 relacionado con los cargos de elección popular y otros".

Sin embargo, dada que se presentaban diferencias entre el texto aprobado por la Cámara de Representantes y el aprobado por el Senado, se designó una comisión de conciliación para que estudiara las diferencias y presentara a las respectivas plenarias el informe respectivo con el texto conciliado.

En el citado informe se expresó que se acogía el texto aprobado en la plenaria del Senado, el cual "recoge en su integridad lo aprobado en la Cámara de Representantes e incorpora algunas disposiciones aprobadas por las diferentes bancadas" (resaltamos), y se agregó: "Por lo anterior, hemos decidido acoger el texto aprobado en Segundo Debate por la Plenaria del Senado haciendo una modificación al artículo segundo...".

Dicho informe, con el texto conciliado que se proponía, fue acogido por las plenarias de la Cámara de Representantes (el 22 de diciembre de 2016) y del Senado de la República (el 23 de diciembre del mismo año), con lo cual quedó definitivamente aprobada la ley, que posteriormente fue sancionada por el Presidente de la República y promulgada, con el número 1821 de 2016.

El recuento anterior permite concluir, en lo que atañe especialmente a su ámbito de aplicación (artículo 1°), lo siguiente:

a. No existe constancia de que se hubiese discutido en el Congreso la situación de las personas particulares que ejercieran funciones públicas de manera transitoria, ni se hizo referencia expresa a ellas en ninguno de los textos aprobados, y

b. Aunque la norma propuesta inicialmente se refería solo a ciertos cargos públicos y a los particulares que ejercieran funciones públicas "de modo permanente", y esta frase posteriormente se eliminó, la supresión de la misma no tuvo la intención de incluir en el ámbito de la ley a los particulares que ejercieran funciones públicas de manera transitoria u ocasional, como podría pensarse, sino a la decisión de utilizar una terminología más amplia, que comprendiera, en general, a las personas que ejercieran funciones públicas, principalmente a todos los servidores públicos, y evitara las "inconsistencias y repeticiones innecesarias" de las que, a juicio de los senadores ponentes, adolecía la redacción que hasta ese momento se había aprobado.

Por tal razón, en lugar de hacer mención a ciertos cargos del Estado, específicamente, y a los particulares que ejercieran funciones públicas de modo permanente, el proyecto de ley pasó a referirse a "las personas que desempeñen funciones públicas, ya sea en régimen de carrera o de libre nombramiento y remoción", y finalmente, a "las personas que desempeñen funciones públicas".

De esta forma, se concluye que los antecedentes de la Ley 1821 de 2016 no permiten inferir que el Congreso de la República haya tenido la intención, en alguna etapa de su trámite, de imponer la edad de retiro forzoso a los particulares que ejerzan funciones públicas de forma ocasional o transitoria.

(iii) Y, finalmente, desde el punto de vista sistemático y constitucional, la Sala observa que la aplicación de la edad de retiro forzoso a los particulares que ejerzan ocasionalmente funciones públicas, generaría un efecto expansivo, no buscado por el legislador, que no solamente

rompiendo de esta forma con el principio de unidad de materia que debe respetar la ley (artículo 158 de la Constitución Política) y, en general, con la armonía del ordenamiento jurídico.

En efecto, debe tenerse en cuenta que el ejercicio de funciones públicas por los particulares en forma transitorio u ocasional, no este regulado en una sola ley, sino en varias, que conciernen a asuntos y materias muy diversas.

Así, por ejemplo, lo relativo a los jurados de votación esta normado en el Código Electoral (Decreto Ley 2241 de 1986, artículos 101 a 110); la función de los árbitros este regulada en el denominado "Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional" (Ley 1563 de 2012, artículo 7); el cumplimiento de funciones administrativas, en forma transitoria, por parte de personas naturales o jurídicas privadas está previsto en la Ley 489 de 1998 (artículos 110 a 114) y en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, entre otras); la actividad de los interventores en los contratos estatales este prevista en este último estatuto y en la Ley 1474 de 2011; la función de los conciliadores esta regulada en las Leyes 23 de 1991²³, 446 de 1998²⁴ y 640 de 2001²⁵ y en el "Estatuto de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos" (Decreto 1818 de 1998), y las funciones a cargo de los peritos, secuestres y demos "auxiliares de la justicia" este regulada en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012, artículos 47 y 48), en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011, artículo 219), en el régimen de insolvencia empresarial (Ley 1116 de 2006) y en otras leyes procesales, para citar solo algunos ejemplos.

En esa medida, concluir que estos particulares que ejercen funciones públicas de forma ocasional, esporádica o transitoria están sujetos a la edad de retiro forzoso, implicaría afirmar que la Ley 1821 de 2016 modificó todos los códigos, estatutos y leyes citadas, pues implicaría: que no podría escogerse, nombrarse o designarse para cumplir estas funciones públicas a los particulares que tuviesen más de setenta (70) años de edad, con lo cual se crearía una nueva causal de impedimenta o inelegibilidad para el desempeño de estas funciones, y (ii) que los particulares que cumplieran 70 años de edad mientras estuvieran ejerciendo la respectiva función pública, tendrían que cesar inmediatamente en su cumplimiento, con lo cual se verían interrumpidos los servicios, encargos, procesos y actuaciones a su cargo.

Así, por ejemplo, si esto ocurriera con uno de los árbitros que conforman un tribunal de arbitramento que se encuentre en curso, dicho particular tendría que terminar inmediatamente sus funciones, con lo cual se desintegraría el tribunal y habría que conformarlo de nuevo, con las demoras y perjuicios que tal situación podría ocasionarle a las partes, a los árbitros y, en general, a la administración de justicia.

Algo similar podría decirse de un conjuer o de un perito, que cumplieran 70 años de edad antes de culminar su gestión o de entregar su dictamen, según el caso.

Como las normas no pueden interpretarse de manera que produzcan un resultado absurdo (ad absurdum) y, menos aún, de forma que resulte contraria e incompatible con el resto del ordenamiento jurídico, empezando por la Constitución Política, la Sala considera que no es posible interpretar lo dispuesto en la Ley 1821 de 2016 en el sentido de que los particulares que desempeñen funciones públicas de manera ocasional o transitoria estén sometidos, para el cumplimiento de dicha función, a la edad de retiro forzoso.

D. Aplicación de la Ley 1821 a los miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas

Finalmente, con el fin de resolver la consulta formulada, es necesario analizar, en concreto, la aplicación de la Ley 1821 de 2016 a los particulares que actúan como miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades públicas descentralizadas, incluyendo los designados por el Presidente de la República como sus representantes (de acuerdo con la ley a los estatutos de cada entidad).

Para esto, y siguiendo los criterios jurídicos expuestos a lo largo de este concepto, baste señalar que tales particulares no ejercen funciones públicas de manera permanente, sino transitoria u ocasional, independientemente de la duración de su encargo.

En efecto, es importante recordar, en primer lugar, que las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas, si bien son Órganos de dirección y administración que forman parte de la estructura de dichas entidades, no ejercen sus funciones públicas de manera permanente, sino periódica u ocasional, esto es, cada vez que se reúnen, ya sea en sesiones ordinarias o extraordinarias.

Lo anterior implica que los particulares y los servidores públicos que forman parte de dichas juntas o consejos, aunque mantengan esa calidad de manera indefinida (por ejemplo, hasta que sean sustituidos) o por un periodo determinado, según el caso, no ejercen tampoco funciones públicas de modo permanente, en lo que concierne a dicho consejo o junta directiva. Se aclara lo anterior pues no sobra recordar que los integrantes de dichos cuerpos colegiados que sean servidores públicos cumplen funciones públicas de modo permanente, pero no por su pertenencia a la junta o consejo, sino en virtud de los respectivos cargos que ejerzan previamente (ministro, viceministro, director de departamento administrativo, presidente de una entidad descentralizada etc.).

En efecto, debe tenerse en cuenta que tales personas solo pueden ejercer las funciones públicas que la ley les ordena cumplir como miembros de la junta o el consejo directivo: (i) en forma colectiva, es decir, en conjunto con los demás integrantes; (ii) durante el tiempo en que se reúne la junta o el consejo respectivo; (iii) Únicamente en relación con la entidad o las entidades de cuyo consejo o junta directiva formen parte, y (iv) solo para tratar los asuntos y adoptar las decisiones que son competencia de dicho órgano administrativo.

Esta es la razón por la que el artículo 19 del Decreto Ley 128 de 1976 les prohíbe expresamente ejercer o inmiscuirse en otras funciones públicas distintas de las que legalmente les correspondan, inclusive si esas funciones tienen que ver con la misma entidad descentralizada (pero que sean competencia de órganos o funcionarios distintos).

relación con la entidad descentralizada respectiva, ni frente al Estado, en general, como se deduce de la regulación contenida en el citado decreto, al cual remite el artículo 102 de la Ley 489 de 1998, sino que tales personas pueden, por regla general, ejercer su profesión u oficio, ocupar cargos o empleos privados, celebrar negocios y realizar actividades económicas particulares, con excepción de los negocios, asuntos y actividades expresamente prohibidas por el Decreto Ley 128 de 1976 o por otras normas legales o con fuerza de ley que sean aplicables.

Vale la pena comentar que este régimen resulta completamente lógico() y coherente con la conclusión a la que se ha llegado, pues si dichos particulares no tienen que dedicar la totalidad de su tiempo laboral al cumplimiento de las funciones que les corresponde como miembros de un consejo o junta directiva, mal podría la ley exigirles exclusividad e impedirles ejercer su profesión, oficio o actividad económica privada, salvo en los casos en que el desempeño de tales profesiones, oficios, negocios o actividades pueda generar incompatibilidades y conflictos entre los intereses privados de tales personas y los intereses públicos de la entidad en la que sean miembros de la junta o consejo directivo, así como los intereses de los organismos y entidades que formen parte del mismo sector administrativo.

Ahora bien, si dichos particulares no cumplen funciones públicas de manera permanente, tal como se ha demostrado, se colige necesariamente, de lo explicado en el acápite anterior, que a dichos individuos no les resulta aplicable la Ley 1821 de 2016, en lo que atañe a la edad de retiro forzoso, por lo que tales personas pueden ser designadas para ejercer tales funciones públicas aunque tengan setenta (70) años de edad o más, y pueden continuar desempeñándolas después de cumplir dicha edad, cuando hayan sido designados con anterioridad.

Es importante señalar que la Sección Quinta del Consejo de Estado se ha pronunciado en el mismo sentido, inclusive en vigencia de la Ley 1821 de 2016. En efecto, en sentencia del 4 de octubre de 2017²⁶, dicha sección se abstuvo de declarar la nulidad del acto de designación, expedido por el Presidente de la República, de un particular que tenía más de setenta (70) años, como miembro del consejo superior de una universidad pública.

En esta providencia, el Consejo de Estado dijo lo siguiente, sobre el tema que nos ocupa, con base en jurisprudencia anterior de esa corporación:

"Sobre la condición de permanencia que caracteriza el empleo público y la naturaleza del ejercicio de la designación hecha por el Presidente de la República, este Sección ha considerado que:

"Según el artículo 2° del Decreto 2400 de 1968, el empleado es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tornado posesión del mismo. Y para el ejercicio de funciones de carácter permanente, según la misma norma se crearan los empleos correspondientes. Es decir que un empleado público desempeña un empleo que tiene como finalidad satisfacer funciones de carácter permanente de la administración, lo cual exige, entonces, que aquel preste sus servicios de manera permanente, continua y exclusiva, y, en modo alguno, de manera transitoria, ocasional, discontinua o intermitente.

Lo anterior conduce a la conclusión de que para el desempeño de funciones de miembro de una junta o consejo directivo de una entidad pública no se requiere la creación de empleos en las respectivas plantas de personal. pues esos organismos no desarrollan funciones permanentes y continuas, sino intermitentes y periódicas (...) Por consiguiente, para el ejercicio de sus funciones, las juntas y consejos no requieren de miembros que ejerzan funciones de manera permanente, continua y exclusiva, es decir que para ello tengan que vincularse como empleados públicos. Esas funciones las desempeñan, por tanto, personas que periódicamente, en las oportunidades que señalen las normas que regulan la organización y funcionamiento de la respectiva entidad, se reúnen en sesiones de la junta, consejo o comisión, lo cual les permite desarrollar otras actividades bien al servicio del Estado como empleados públicos o trabajadores oficiales a como particulares, siempre y cuando resulten compatibles con las funciones de esa junta. consejo a comisión. (...)"²⁷ (Negrillas fuera del texto original).

(...)

3.4 Caso particular

Descendiendo al caso en particular se tiene [que] el accionante pretende que se declare la nulidad del acto de designación del señor. como miembro del Consejo Superior de la Universidad..., contenido en el Decreto... expedido por el Presidente de la República, por considerar que se incurrió en la causal de nulidad dispuesta en el artículo 275.5 de la Ley 1437 de 2011, esto es, que el demandado se encontraba en la imposibilidad jurídica de desempeñar funciones públicas a una edad superior a los 70 años de edad.

La norma que invoca el accionante es el artículo 1° de la Ley 1821 de 2016 que a la letra reza:

Del contenido de la norma que cita como vulnerada el demandante se destaca que esta dispone la edad máxima para el ejercicio del cargo de aquellas personas que desempeñan funciones públicas y de la consecuencia que se genera cuando se cumpla esta condición.

Sobre el contenido de este artículo la Sala de Consulta y Servicio Civil²⁸ de esta Corporación, ha expuesto:

"A juicio de la Sala, este artículo trae dos (2) importantes consecuencias, desde el punto de vista jurídico: (i) en primer lugar, aumenta la edad de retiro forzoso, hasta los 70 años, para los cargos, posiciones y funciones públicas que ya estaban sometidos a la edad máxima de 65 años para su ejercicio, de acuerdo con la legislación anterior, y (ii) en segundo lugar, somete a la edad de retiro forzoso (70 años) a aquellos servidores públicos y particulares que ejerzan de manera permanente funciones públicas y que, de acuerdo con el régimen anterior, no estaban sometidos a dicha causal de retiro, con excepción solamente de los mencionados en el segundo inciso del mismo artículo, a los cuales nos referiremos más adelante." (Negrillas fuera del texto original)

De lo anterior as dable concluir que este Corporación ha sostenido que este norma es aplicable a los servidores públicos y particulares que ejerzan de manera permanente funciones públicas.

(...)

Aunado a lo anterior, se reitera que esta Corporación en sentencia de 24 de agosto de 2005 establecido la transitoriedad de las funciones ejercidas por los miembros del consejo superior universitario, en los siguientes términos:

(...)

En tal virtud, las funciones que desarrollan los miembros de los consejos. superiores universitarios no son permanentes sino transitoria v por Canto no le puede ser aplicable (sic) el artículo 1° de la Lev 1821 de 2016. conforme la interpretación que ha realizado esta Corporación y que ha sido expuesta en precedencia". (Negrillas en el original; subrayas añadidas).

Como se observa, la Sección Quinta ha interpretado también, desde hace varios años, que los miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades públicas descentralizadas, así como los miembros de los consejos superiores de las universidades estatales, incluyendo los designados por el Presidente de la Republica para actuar en su representación, no ejercen funciones públicas de modo permanente, sino transitorio u ocasional, razón por la cual no les resulta aplicable la edad de retiro forzoso. Esta hermenéutica se ha mantenido aun después de expedirse la Ley 1821 de 2016.

En atención a las consideraciones anteriores,

III. La Sala RESPONDE:

1. ¿La edad de retiro forzoso establecida en la Ley 1821 de 2016, que cobija a las personas que desempeñen funciones públicas, resulta aplicable a los representantes del Presidente de la Republica en las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas de la Rama Ejecutiva del orden nacional que sean particulares?

No. Según lo explicado en este concepto y, principalmente, por el hecho de no ejercer funciones públicas de manera permanente, la Ley 1821 de 2016, sobre edad de retiro forzoso, no es aplicable a los representantes del Presidente de la República que sean particulares, en las juntas o consejos directivos de las entidades públicas descentralizadas de la Rama Ejecutiva, en el orden nacional.

2. De ser afirmativa la respuesta anterior, ¿los particulares que hacen parte de consejos o juntas directivas deben ser retirados de estas instancias una vez cumplan la edad de 70 años?

Dado que la respuesta a la pregunta anterior es negativa, lo procedente seria abstenerse de contestar este interrogante.

Sin embargo, para mayor claridad, la Sala ratifica que, al no ser aplicable la Ley 1821 de 2016 a los particulares que formen parte de los consejos o juntas directivas de las entidades públicas descentralizadas, tales miembros no deben ser retirados, por este motivo. cuando cumplan setenta (70) arios de edad.

Remítase a la Directora del Departamento Administrativo de la Función Publica y a la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la Republica.

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ

PRESIDENTE DE LA SALA

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS

CONSEJERO DE ESTADO

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR

CONSEJERO DE ESTADO

ÁLVARO NAMÉN VARGAS

CONSEJERO DE ESTADO

LUCIA MAZUERA ROMERO

SECRETARIA DE LA SALA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

2 "Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones".

3 "Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental. El artículo 298 de este estatuto dispone:

"Artículo 298.-Por cuanto ejercen funciones públicas y se hallan encargados de la prestación de un servicio público y del manejo de fondos o rentas oficiales. a los miembros de las juntas o consejos que no tienen por este hecho la calidad de empleados públicos, les son aplicables las

disposiciones del título III del Código Penal sobre 'delitos contra la administración

(...)".

4 "Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal'. El artículo 162 de este decreto dispone:

"Artículo 162.- Los miembros de las juntas directivos aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos".

5 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".

6 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 19 de agosto de 2004 (radicación N° 7600123310002003-4377-01[3394]) y sentencia del 17 de febrero de 2005 (expediente N° 3426), ambas con ponencia del Magistrado Darío Quiñones Pinilla.

7 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2326 del 8 de febrero de 2017.

8 "Per la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

9 "Per la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones".

10 "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones".

11 "Artículo 9o. Delegación. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines a complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actores orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directo y asesor vinculados al organismo correspondiente. con el propósito de desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente

(...)". (Resaltamos).

12 "Por el que, se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas". Este decreto se encuentra vigente, pues a este remite expresamente el artículo 102 de la Ley 489 de 1998, y así lo han considerado la Corte Constitucional (sentencia C-736 de 2007) y este Sala (concepto 2187 del 6 de agosto de 2014). Los artículos 6 y 7 de este decreto establecen, en lo pertinente:

"Artículo 6°.De los delegados oficiales ante las juntas o consejos.

Los Ministros, Jefes de Departamento Administrativo y demás autoridades nacionales que puedan acreditar delegados suyos para formar parte de Juntas o Consejos Directivos to bar& mediante la designación de funcionarios de sus correspondientes reparticiones administrativas a de organismos adscritos o vinculados a su Despacho. Cuando se trate de Juntas de entidades cuyo domicilio no sea la ciudad de Bogotá o de Consejos Seccionales o Locales. designaran a las personas a que se refiere el inciso anterior o a funcionarios del Departamento o de organismos adscritos o vinculados a este, previa consulta con el respectivo Gobernador.

Artículo 7°.De quienes pueden ser delegados oficiales.

Los ministros v Jefes de Departamento Administrativo solo podrán delegar su asistencia a las Juntas o Consejos qua por mandato de la Lev deban presidir. en los Vice-Ministros, Gobernadores. Gerentes o Directores de entidades descentralizadas, Subjefes de Departamento, Secretarios Generales, Superintendentes, Directores Generales y Jefes de Unidad.

Las demás delegaciones que began silo podrán recaer en los funcionarios a que se refiere el inciso anterior o en los Jefes de Oficina o de

(Negrillas del original; subrayas agregadas).

13 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N° 2051 del 15 de marzo de 2011.

14 Corte Constitucional, sentencia C-720 del 20 de septiembre de 1999, expediente D-2296.

15 Código Disciplinario Único.

16 "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública".

17 Corte Constitucional, sentencia C-866 del 3 de noviembre de 1999, expediente D-2369.

18 "[5] Ley 489 de 1998. artículo 10, inciso 22".

19 Como se deduce, por ejemplo, para los notarios, de lo dispuesto en los artículos 10, 11, 157, 158, 160 y 198, numerales r, 9° y 15°, del Decreto Ley 960 de 1970, y para los empleados de las cámaras de comercio encargados del registro mercantil, de lo previsto en el artículo 90 del Código de Comercio.

20 Esta ley, en su totalidad, fue declarada exequible por la Corte Constitucional, por los cargos invocados, mediante la sentencia C-084 del 29 de agosto de 2018, expedientes D-11938 y 0-11940 (acumulados).

21 "Por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004".

22 Comunicación suscrita por el Viceministro de Hacienda y radicada en la Secretaría General de la Cámara de Representantes el 14 de marzo de 2016.

23 "Por medio de la cual se Green mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones".

24 "Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia".

25 "Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones".

26 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 4 de octubre de 2017, radicación N° 11001-03-28-000-2017-00011-00.

27 "(38] Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 24 de agosto de 2005. C.P. Darío Quiñonez Perilla Rad. 110010328000200300041-01 (3171)".

28. [40] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil Concepto del 8 de febrero de 2017. C.P. Álvaro Namen Vargas Red. 11001-03-06-000-2017-00001-00(2326)"

Fecha y hora de creación: 2024-10-06 07:49:33