

Función administrativa por particulares

Estudio de sus fundamentos, delimitación y régimen jurídico

Luz Astrid Álvarez Patiño



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Colección Mejores Trabajos de Grado | Pregado

Función administrativa por particulares

Estudio de sus fundamentos, delimitación y régimen jurídico

Función administrativa por particulares

Estudio de sus fundamentos, delimitación y régimen jurídico

Luz Astrid Álvarez Patiño



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Colección *Mejores Trabajos de Grado*

Función administrativa por particulares.

Estudio de sus fundamentos, delimitación y régimen jurídico

© Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

© Luz Astrid Álvarez Patiño

Edición: 2019

ISBN: 978-958-5526-84-6

Diseño, diagramación e impresión: Imprenta Universidad de Antioquia

Hecho en Colombia / Made in Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Teléfono (57-4) 219 88 54

Correo electrónico: publicacionesderechoypolitica@udea.edu.co

Página web: <http://derecho.udea.edu.co>

A.A. 1226. Medellín - Colombia

El contenido de la obra corresponde al derecho de expresión del autor y no desata responsabilidad institucional frente a terceros. El autor asume la responsabilidad por los derechos de autor y conexos contenidos en la obra, así como por la eventual información sensible publicada en ella.

Hecho el depósito que exige la ley. Prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por cualquier medio o con cualquier propósito, sin la autorización escrita de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Este libro está disponible en texto completo en la Biblioteca digital de la Universidad de Antioquia: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Álvarez Patiño, Luz Astrid

Función administrativa por particulares. Estudio de sus fundamentos, delimitación y régimen jurídico / Luz Astrid Álvarez Patiño; prólogo de David Suárez Tamayo. -- 1. edición. -- Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia; 2019.

xiv, 250 páginas. -- (Colección: Mejores Trabajos de Grado, No. 37)
ISBN: 978-958-5526-84-6 (versión electrónica)

1. Derecho administrativo – Colombia. 2. Administración pública - Colombia. 3. Funciones administrativas – Colombia. 4. Gestión pública por particulares. I. Suárez Tamayo, David, prólogo. II. Título. III. Serie

LC KHH3230

342.861-dc23

Catalogación en publicación de la Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

*A Dios por darme fuerzas para seguir adelante;
a mi familia por su sacrificio, entrega y apoyo incondicional;
a mis maestros por sembrar y promover en mí el amor por el conocimiento,
y a la Universidad de Antioquia, a quien le debo todo lo que soy.*

Contenido

Prólogo	15
Introducción	25
1. Noción de función administrativa, evolución y problemas modernos para su delimitación	29
1.1. Estado, separación de poderes y especificidad de la función administrativa	29
1.2. La función administrativa como objeto del derecho administrativo	32
1.3. Criterios delimitadores de la función administrativa	34
1.3.1. <i>Criterio sustancial, funcional, objetivo o material</i>	34
1.3.2. <i>Criterio subjetivo, orgánico o formal</i>	36
1.3.3. <i>Criterio finalístico</i>	37
1.3.4. <i>Criterio de las prerrogativas públicas</i>	37
1.3.5. <i>Criterio normativo</i>	40
1.3.6. <i>Criterio de la exclusión</i>	40
1.3.7. <i>Criterio mixto</i>	41
1.4. Delimitación de la función administrativa en la gestión pública	43
1.4.1. <i>La función pública es diferente de la administrativa</i>	43
1.4.2. <i>La función administrativa es diferente del servicio público</i>	46
1.4.3. <i>La función administrativa y las nuevas funciones públicas en el Estado contemporáneo: La función de control —fiscal y disciplinario— y la función electoral</i>	52

1.4.4. <i>La función administrativa y el ejercicio de actividades industriales, comerciales o mercantiles por parte del Estado</i>	63
1.5. <i>Hacia una noción de función administrativa</i>	66
1.6. <i>Referencias bibliográficas.</i>	68
2. Antecedentes y fundamentos constitucionales de la función administrativa por particulares	71
2.1. <i>Nueva dimensión de lo público como marco de la función administrativa por particulares</i>	71
2.2. <i>Manifestaciones clásicas del ejercicio de la función administrativa por particulares</i>	74
2.3. <i>Antecedentes de la función administrativa por particulares en el derecho comparado</i>	77
2.4. <i>Antecedentes de la función administrativa por particulares en Colombia</i>	79
2.5. <i>Fundamentos constitucionales del ejercicio de la función administrativa por particulares</i>	85
2.6. <i>Referencias bibliográficas.</i>	90
3. Atribución y delimitación material del ejercicio de funciones administrativas por particulares	93
3.1. <i>Modalidades de atribución de funciones administrativas a particulares.</i>	94
3.2. <i>Características de la asignación de funciones administrativas a particulares.</i>	98
3.2.1. <i>Múltiples fuentes normativas atribuyen funciones administrativas.</i>	98
3.2.2. <i>Libertad de configuración legislativa para su asignación.</i>	100
3.2.3. <i>Asignación permanente o temporal.</i>	100
3.2.4. <i>Ausencia de funciones exclusivas, privativas o excluyentes.</i>	101
3.2.5. <i>Prerrogativa de la imposición unilateral y exigencia del consentimiento del particular.</i>	102
3.2.6. <i>Elección directa del particular u obligatoriedad de un proceso de selección</i>	103
3.2.7. <i>Ejercicio a título oneroso o gratuito.</i>	104

3.3. Límites materiales a la atribución de funciones administrativas a los particulares	104
3.3.1. <i>Exclusión de las funciones de carácter político o gubernamentales</i>	105
3.3.2. <i>Proscripción de las funciones exclusivas y excluyentes de las autoridades</i>	106
3.3.3. <i>Restricciones consagradas legalmente</i>	107
3.3.4. <i>Prohibición para atribuir competencias que no estén a su cargo.</i>	108
3.3.5. <i>Proscripción de vaciar de contenido la competencia de la autoridad otorgante de la función administrativa</i>	108
3.4. Materias de la función administrativa comúnmente atribuidas a los particulares.	108
3.4.1. <i>La actividad de reglamentación y control del ejercicio de las profesiones.</i>	110
3.4.2. <i>Recaudo y administración de recursos públicos</i>	115
3.4.3. <i>Actividades de asesoría y colaboración de la administración</i>	119
3.4.4. <i>En actividades contractuales</i>	124
3.4.5. <i>Actividades de certificación, fe pública, registro y licencias</i>	128
3.4.6. <i>Actividades que no tienen un común denominador</i>	131
3.4.7. <i>Materias que suscitan fuertes controversias</i>	132
3.5. Referencias bibliográficas.	134
4. Régimen jurídico de las actuaciones de los particulares en ejercicio de la función administrativa.	137
4.1. Caracterización de sus actuaciones: extensión o huida del derecho administrativo	138
4.1.1. <i>Distinción entre las actuaciones ordinarias y administrativas</i>	138
4.1.2. <i>La función administrativa por particulares: Bajo el régimen de las autoridades públicas</i>	141
4.1.3. <i>Un régimen jurídico de carácter especial intrínseco: La aplicación de los principios de la función administrativa</i>	142

4.2. Expedición de actos administrativos en el marco de la función administrativa por particulares	145
4.2.1 <i>Adaptación necesaria de la teoría del acto administrativo: Titularidad de los particulares que ejercen funciones administrativas</i>	145
4.2.2. <i>Reconocimiento de la producción de actos administrativos por particulares en ejercicio de función administrativa en Colombia</i>	149
4.2.3. <i>Implicaciones de la expedición de actos administrativos por particulares</i>	152
4.3. El régimen contractual de los particulares con funciones administrativas: ¿Entre la huida y la extensión del derecho administrativo?	153
4.3.1. <i>La extensión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el ámbito contractual</i>	154
4.3.2. <i>Extensión de las normas de contratación de las entidades estatales a los particulares con funciones administrativas</i>	156
4.3.3. <i>Manifestaciones sectoriales de la extensión del derecho administrativo contractual: El caso de los servicios públicos domiciliarios</i>	160
4.3.4. <i>El retorno o vuelta al derecho de la contratación pública en la comunidad europea: Un paso más allá, la extensión de su normativa a los particulares con y sin función administrativa</i>	163
4.3.5. <i>Excursus: El quantum irreductible del derecho público en la contratación de los particulares con funciones administrativas</i>	166
4.4. Referencias bibliográficas.	166
5. Controles y responsabilidades de los particulares que ejercen función administrativa	169
5.1. Preludio: Control y responsabilidad de la función pública estatal y no estatal.	169
5.2. Controles administrativos	172
5.2.1. <i>Control administrativo general</i>	173
5.2.2. <i>Controles administrativos especiales</i>	174
5.3. Control y responsabilidad fiscal.	175

5.3.1. <i>Antecedentes del control fiscal ejercido sobre los particulares</i>	175
5.3.2. <i>Constitución Política de 1991: Inclusión de los particulares que ejercen funciones administrativas como sujetos de control fiscal</i>	177
5.3.3. <i>Implicaciones del control y el régimen de responsabilidad fiscal para los particulares que ejercen función administrativa</i>	180
5.3.4. <i>A modo de conclusión: Conveniencia de ejercer control fiscal sobre los particulares que ejercen función administrativa</i>	182
5.4. Control y responsabilidad disciplinaria	183
5.4.1. <i>Extensión del control disciplinario para los particulares con funciones administrativas</i>	184
5.4.2. <i>Régimen especial de responsabilidad disciplinaria para la función administrativa por particulares</i>	196
5.4.3. <i>Alcance del régimen disciplinario especial para los particulares que ejercen función administrativa</i>	199
5.5. Control y responsabilidades de tipo penal	207
5.5.1. <i>Antecedentes: Particulares que ejercen funciones públicas como sujetos cualificados en el ámbito penal</i>	208
5.5.2. <i>Delimitación de los particulares que ejercen funciones administrativas en el ámbito penal</i>	209
5.5.3. <i>Implicaciones penales de la equiparación de los particulares que ejercen funciones públicas con los servidores públicos</i>	218
5.5.4. <i>A modo de conclusión: ¿Por qué en el ámbito penal los particulares que ejercen funciones administrativas deben ser considerados servidores públicos?</i>	221
5.6. Referencias bibliográficas	222
6. Jurisdicción de los particulares que ejercen funciones administrativas	225
6.1. <i>La extensión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo a los particulares que ejercen funciones administrativas</i>	226
6.2. <i>Particulares que ejercen función administrativa como objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo</i>	229

6.2.1. <i>Delimitación de particulares que ejercen funciones administrativas solo para efectos jurisdiccionales</i>	232
6.3. Medios de control procedentes frente a los particulares que ejercen función administrativa	234
6.3.1. <i>Medios de control improcedentes contra los particulares que ejercen función administrativa.</i>	234
6.3.2. <i>Medios de control procedentes</i>	235
6.3.3. <i>Medios de control con una procedencia controvertida</i>	240
6.4. Legitimidad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para controlar al particular que ejerce función administrativa	244
6.5. Referencias bibliográficas.	246

Prólogo

Más que un trabajo de grado, es una verdadera obra de derecho administrativo

Siento una gran felicidad de ver publicada la obra de Luz Astrid Álvarez Patiño. Estamos acostumbrados a admirar y aplaudir textos de autores extranjeros, o de autores de la capital de Colombia, y no valoramos lo suficiente la producción bibliográfica local.

El tema propuesto *Función administrativa por particulares* es absolutamente actual, inquietante, provocador y retador. Hablar de función administrativa, servicio público, descentralización por colaboración, objeto del derecho administrativo, control fiscal, control disciplinario, función electoral, jurisdicción administrativa, es hablar del origen y la historia, de la consolidación, crisis, huida, retorno y validez del derecho administrativo. En este sentido, el texto de Luz Astrid es un ameno, documentado y profundo recorrido por todos esos ámbitos, lo que hace de esta publicación una verdadera obra de derecho administrativo que dará mucho de qué hablar, y se convertirá en lectura obligada en los programas de pregrado y posgrado.

Puede o no compartirse todo lo que se afirma en este libro, pero sin duda cada tema y cada subtema están respaldados por una cita doctrinaria o jurisprudencial, o por un análisis personal de la autora, lo que, si bien no constituye prueba irrefutable de que se está ante una verdad incontrovertible, sí le imprime un alto grado de solidez académica y argumentativa.

La noción de función administrativa: un intento inútil y fracasado

Varios tópicos de *la Función administrativa por particulares* merecen ser resaltados y comentados. Trata la autora de aclarar un tema que no ha sido posible delimitar con precisión, pese al esfuerzo de muchos doctrinantes en los últimos setenta años; me refiero al concepto de función administrativa. Si bien para un gran sector de la doctrina la función administrativa es el objeto de estudio del derecho administrativo —lo que constituye la postura de las llamadas escuelas materialistas, objetivas, sustancialistas, funcionalistas—, nunca se ha logrado brindar una definición, una conceptualización convincente de lo que significa, de lo que es en sí la función administrativa. Muchos criterios (orgánico, subjetivo, material, de prerrogativas, finalístico, residual, mixto) se han utilizado para ello, pero, a mi juicio, con resultados imprecisos, inconclusos, insuficientes, decepcionantes. Seguimos sin encontrar una definición que nos brinde plena cuenta del alcance y significado de dicha expresión.

Luz Astrid logra un enriquecedor recorrido por diferentes autores, escuelas y criterios, y concluye con una definición en la que termina combinando elementos residuales, mixtos, orgánicos y finalísticos, aunque sigue siendo bastante etérea, indeterminada y abierta; dice la autora: “Entonces, ¿qué es la función administrativa? Es la expresión del poder público que no constituye ninguna de las otras funciones estatales —legislativa, jurisdiccional, de control, electoral— y que a través de sus titulares —el Estado o de los particulares— tiene la tarea de realizar los cometidos estatales, por medio de múltiples y diversas actividades que implican la ejecución de la ley en sentido amplio”.

Debo advertir que no es esto un problema o una falencia de la autora, sino que en sí mismo es un asunto difícil de resolver. Función administrativa es un concepto jurídico indeterminado, abierto, abstracto, polisémico e incluso coyuntural, y tal vez por todo ello casi siempre se trata de hacer el ejercicio de decir qué no es, qué no constituye la función administrativa, en lugar de definir qué sí es. Se intentan ensayos excluyentes dado lo ingrato que termina siendo el esfuerzo por encontrar una definición exacta y concreta.

Pero esa es la esencia del derecho administrativo, y del derecho en general. Es un error pensar que en el derecho existen verdades, certezas, conclu-

siones definitivas, o que el derecho es estático o pétreo. Lo que caracteriza al derecho, y más al derecho administrativo, es la incertidumbre, la perplejidad, el dinamismo, la variabilidad, la contingencia.

A veces, entonces, es ingrato y desalentador luchar contra conceptos y enunciados jurídicos, porque después de muchos esfuerzos, se puede llegar a la conclusión de que los mismos han sido inútiles o insuficientes.

Es por esto que creo que cada vez es más impreciso e inadecuado tratar de sustentar la tesis de que el objeto de estudio del derecho administrativo sea la función administrativa, por cuanto con ello no se aclara ni se resuelve absolutamente nada. El intento de encajar el derecho administrativo en una sola y única definición es un reto en el que todos hemos sido seducidos y en el que todos hemos obtenido un rotundo fracaso.

¿Función pública, función administrativa y servicio público son lo mismo? ¿Las funciones de control fiscal-disciplinario y la función electoral son funciones administrativas?

Pasa luego Luz Astrid a otro debate que tampoco hoy está resuelto, aunque muchos crean que sí. Trata de establecer si: ¿La función administrativa es lo mismo que la función pública? ¿La función administrativa es lo mismo que el servicio público? ¿La función administrativa incluye la función de administrar los recursos públicos? ¿Las funciones de control fiscal y control disciplinario, y la función electoral son o no funciones administrativas? ¿Las actividades industriales y comerciales por parte de entidades estatales son función administrativa?... Y la lista podría seguir incluso con otras actividades no abordadas en el libro, como por ejemplo si la banca central, la regulación, la planeación, el fomento y la policía constituyen o no ejercicio de función administrativa.

Con gran lucidez, la autora da luces sobre esos interrogantes acudiendo a autores clásicos de derecho administrativo, tanto extranjeros como nacionales, y a jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

En general, concluye que la mayoría de esos conceptos son diferentes al concepto de función administrativa y no están incluidos en este, asunto

del que discrepo. Excepto el concepto de función pública, que es el género, sigo considerando que servicio público, control fiscal, control disciplinario, administración de recursos públicos y función electoral siguen siendo típico ejercicio de función administrativa. Soy de la opinión de que las funciones públicas en Colombia son cuatro: la constituyente, la legislativa, la administrativa y la judicial; y pienso que cada una de ellas ha dado lugar a cuatro tipos de procedimientos: el constituyente, el legislativo, el administrativo y el judicial; así como a cuatro tipos o productos normativos: la Constitución, las leyes, los actos administrativos y las sentencias —jurisprudencia—.

Hasta ahora nadie me ha demostrado que el procedimiento disciplinario o de responsabilidad fiscal no sean procedimientos administrativos (aunque, incluso se me asemejan mucho más a los judiciales, lo cual ameritaría otro estudio y debate). No son procedimientos autónomos, diferentes, innovadores; hacen parte del género de los procedimientos administrativos sancionatorios, que los hay muchos: los ambientales, tributarios, aduaneros, de policía, etc. Y tampoco nadie hasta ahora ha sido capaz de construir una teoría del acto fiscal, o del acto disciplinario, o del acto sancionatorio, que se diferencie claramente del típico acto administrativo. Y tanto las sanciones fiscales como las disciplinarias siguen teniendo el mismo control de los actos administrativos: recursos ante las mismas instancias que los profieren y control en sede judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Entonces, mientras la función de control fiscal y la función de control disciplinaria no tengan un procedimiento marcadamente diferente al administrativo, sus resultados no sean típicos actos administrativos, y sus controles no sean los mismos de los actos administrativos, me costará mucho aceptar que dejen de ser consideradas funciones administrativas.

Igual reflexión me merece el tema de la función electoral. No existe la construcción —ni teórica, ni dogmática, ni doctrinaria— de la existencia de un procedimiento electoral propio ni del acto electoral claramente diferenciales y autónomos frente al procedimiento administrativo y al acto administrativo.

Prestar servicios públicos domiciliarios es ejercicio de función administrativa

Algo similar sucede con el servicio público, y más específicamente con la prestación de servicios públicos, sobre todo los servicios públicos domiciliarios. Casi todos los autores y la jurisprudencia misma confunden el tipo-naturaleza de las empresas, el régimen jurídico de las empresas prestadoras y la naturaleza de sus empleados-trabajadores con la naturaleza de la actividad. Una cosa es que hoy existan empresas de servicios públicos domiciliarios privadas y mixtas, que sus trabajadores sean particulares, y que su régimen jurídico por regla general abarque el derecho privado y el laboral. Pero de ahí no se sigue necesariamente que la actividad como tal haya dejado de ser ejercicio de función administrativa, y mucho menos cuando la misma sea prestada por empresas estatales o mixtas con capital público mayoritario.

Bajo los criterios orgánicos (naturaleza jurídica, o composición del capital del prestador), finalísticos (prevalencia del interés general, satisfacción de necesidades colectivas), de prerrogativas (posibilidad de ejercer autoridad, poder, dictar actos unilaterales, como lo son la suspensión, corte, terminación del servicio público, fijación de tarifas e imposición de sanciones, entre otras), el normativo (la relación jurídica entre empresas y usuarios es predominantemente administrativa, pues se aplican el derecho de petición, las notificaciones, el silencio administrativo, los recursos gubernativos), sin lugar a dudas, la prestación de servicios públicos domiciliarios sigue siendo una auténtica función administrativa. Y faltaría agregar la presencia en ese sector del tema de subsidios, del concepto de mínimo vital, de ser una actividad altamente regulada por el Estado a través de las comisiones de regulación, y de tener la vigilancia y el control de superintendencias, procuraduría, personerías y contralorías. En suma, más función administrativa no puede ser.

Ojalá la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y los doctrinantes más calificados revisaran con juicio la posición equivocada que han mantenido durante los últimos veinticinco años. Todavía están a tiempo de corregir el error que han compartido pacífica y silenciosamente.

Y con mayor razón sostengo que la administración de recursos públicos es típica función administrativa. Se trata nada más y nada menos que de la disposición del patrimonio público, el cual es un bien público, por lo que siempre debe perseguir una finalidad de interés general y siempre debe ir destinado a inversión social y a la satisfacción de necesidades colectivas y de la comunidad, a través de la ejecución de obras públicas (vías, puentes, escuelas, colegios, hospitales), la prestación de servicios o el suministro de bienes.

El punto que sí me genera grandes dudas, inquietudes y contradicciones —y que la verdad sea dicha, no tengo todavía resuelto— es el de saber si cuando una entidad pública-estatal cumple actividades industriales y comerciales, constituye o no ejercicio de función administrativa. No me atrevo a tomar partido. Tema que dejo pendiente por ahora. Pero ya se imaginarán cuál irá a ser mi tesis en su momento.

La descentralización por colaboración: del ejercicio de funciones administrativas por particulares a la intervención y participación de particulares en la gestión pública

El punto central del libro de Luz Astrid Álvarez Patiño es el ejercicio de funciones administrativas por particulares. Resalto allí el excelente y completo recorrido histórico que hace la autora sobre el origen de la intervención de particulares en el ejercicio de funciones administrativas, así como el inventario de las diferentes modalidades y manifestaciones de dicha intervención y las formas jurídicas para su asignación. Se trata, entonces, del fenómeno de la descentralización por colaboración, lo que no es otra cosa que la posibilidad de que particulares intervengan en la gestión pública, y digo gestión pública para así abarcar sus diferentes expresiones: particulares que cumplen funciones públicas, particulares que ejercen funciones administrativas, particulares que prestan servicios públicos, particulares que administran recursos públicos, particulares que hacen parte de juntas directivas y consejos directivos de entidades descentralizadas.

Hoy ese concepto de descentralización por colaboración no puede entonces limitarse al sentido estricto y restringido de función administrativa, pues dejaría por fuera esas otras manifestaciones y expresiones de particulares que intervienen y participan en asuntos propios del Estado; por ello

sugiero que descentralización por colaboración hoy sea participación de particulares en la gestión pública.

La descentralización por colaboración tiene varias motivaciones, razones y justificaciones:

- La imposibilidad de que el Estado lo haga todo.
- Hay actividades que las cumple mejor el sector privado que el público.
- La necesidad de darles agilidad y eficiencia a ciertos trámites, procedimientos y actividades propias del Estado.
- Es una manera de descongestionar las oficinas estatales y de realizar la desconcentración del poder público.
- Desarrolla el principio democrático de la participación ciudadana en la gestión y el control público.
- La necesidad e importancia de que quienes decidan sean actores próximos y cercanos a la ciudadanía y las comunidades.

Se trata, entonces de una figura necesaria, justificada, pero que en los últimos quince años, y sobre todo en algunos sectores y actividades, ha sido invasiva en exceso, y se ha confundido la colaboración con los negocios y el enriquecimiento privado, por lo que se hace necesario revisar a fondo la legislación vigente que les otorga funciones administrativas a los particulares, para evaluar su razonabilidad, pertinencia, manera de ejercerse, resultados obtenidos y conveniencia en la actualidad.

La descentralización por colaboración es, no cabe duda, una herramienta útil y necesaria para la administración pública, pero no puede ser una patente de corso, un cheque en blanco, para la privatización de lo público. Todo debe tener su equilibrio y punto medio, para evitar el crecimiento incontrolado de lo que Agustín Gordillo denomina administración paralela. *Colaboración, participación privada, sí, pero sustitución de lo público por lo privado, no.*

Preocupaciones sobre la asignación de ciertas funciones y de ciertos bienes de uso público a particulares

Desde hace años mantengo una enorme preocupación frente a la posibilidad de que particulares tengan a su cargo la explotación de ciertos bienes de uso público, bajo la tesis según la cual se pueden entregar bienes de uso

público vía contrato de arrendamiento y no a través de la concesión. Un ejemplo de ello lo constituye el hecho de que, pese a sentencia del Consejo de Estado del 2007 —donde se ordenó al Estado recuperar las Islas del Rosario que durante décadas se han apropiado de ellas particulares—, el exministro de Agricultura de entonces decidió, en lugar de cumplir lo ordenado por el Consejo de Estado, celebrar con los invasores, poseedores, tenedores, de esos bienes estatales, simples contratos de arrendamiento, lo cual considero ilegal. Y otro ejemplo es que el Consejo de Estado ha permitido y avalado que los alcaldes entreguen los parques o plazas principales de los municipios a particulares para su uso y explotación económica, lo cual está bien, pero lo que me parece reprochable es que se haga a través de contratos de arrendamiento, que se celebran a través de contratación directa —a dedo—, cuando la vía apropiada debería ser a través de un contrato de concesión previa licitación pública.

También encuentro reprochable que muchas entidades estatales estén asignando el ejercicio de funciones administrativas a través de contratación directa (casi siempre por contrato de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión), sin seguir el procedimiento de la Ley 489 de 1998, artículos 110 a 112, que exigen expedición previa de acto administrativo y selección de contratista a través de licitación pública.

Los controles a la descentralización por colaboración

El libro *Función administrativa por particulares* presenta con mucho rigor el estado del arte legislativo, doctrinario y jurisprudencial de los controles a los que quedan sometidos los particulares que ejercen funciones administrativas, a saber: control fiscal, disciplinario, penal y jurisdiccional, pero creo que estos son temas que todavía en la práctica, en la realidad, se encuentran en zona gris. Los controles en teoría son muchos, pero en la práctica suelen ser frágiles, imprecisos e incompletos. Ni la Ley 610 de 2000, ni la Ley 734 de 2002, ni la Ley 1474 de 2011, ni la Ley 1952 de 2019 logran delimitar con claridad cómo debe ser el control, su alcance y metodología frente a particulares que ejercen funciones administrativas. Además, dentro de estos controles es primordial reflexionar y fortalecer el control ciudadano y político, tan invisibilizado, pero necesario para la atribución, ejercicio y control de la función administrativa por particulares. El control y la responsabilidad es un tema que los administrativistas seguimos teniendo en deuda.

En síntesis, destaco del libro de Luz Astrid su organización, el contenido, la claridad en la exposición de las ideas, la riqueza normativa, doctrinaria y jurisprudencial, la redacción y la sencillez del lenguaje. Sin duda tiene el sello de la UdeA, y sin duda se nota su paso por el Centro de Estudios de Derecho Administrativo (CEDA) y su aprendizaje con ese gran maestro, tratadista, profesor y amigo, Fabián Gonzalo Marín Cortés. Con lujo de méritos, Luz Astrid hace ya parte de ese amplio y selecto grupo de administrativistas egresados de la Alma Mater en los últimos quince años, a quienes admiro profundamente: Willington Gil, Iván Polo, Gustavo Arboleda, Luis Octavio Giraldo, Hugo Alejandro Mora, Julián David Agudelo, Richard Ramírez, Cristian Díaz, Óscar Julián Valencia, David Sierra, Ana María Moncada, Luz Eugenia Correa, Luisa Fernanda Cano (en préstamo a los constitucionalistas), y Diana Carolina Sánchez, entre otros, quienes han seguido la ruta de los grandes maestros administrativistas que abrieron el camino: Carlos Betancur Jaramillo, Ricardo Hoyos Duque, Carlos Alberto Atehortúa Ríos, Enrique Gil Botero, Hernán Darío Vergara Mesa y Marta Nubia Velásquez Rico.

Qué orgullo para la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia contar con una egresada de las calidades profesionales, pero ante todo de las calidades humanas de Luz Astrid Álvarez Patiño. Brillante como estudiante, brillante en la escritura, brillante servidora pública y funcionaria judicial, y quien sin duda será una destacada docente

Finalmente, desde ya puedo afirmar, sin vacilación alguna, que estamos ante la primera publicación de muchas que veremos en los próximos lustros de la misma autora.

David Suárez Tamayo
Abogado de la Universidad de Antioquia
Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit

Introducción

Esta obra atiende a uno de los temas centrales del derecho administrativo: la función administrativa; y, de manera particular, a uno de sus mayores retos en el Estado contemporáneo: su ejercicio por particulares. Por tanto, como expresión de las transformaciones de la gestión pública, no solo en manos del Estado sino también de los particulares, se indaga, de manera específica y como marco conceptual ineludible, por la función administrativa, su noción, ámbito de acción y papel en el derecho administrativo contemporáneo; al igual que por su ejercicio por particulares en Colombia, sus antecedentes, atribución, delimitación material y, en general, el régimen de sus actuaciones, controles y responsabilidades.

En Colombia, la asignación de esta función a los particulares encuentra importantes manifestaciones en el siglo xx, y un claro respaldo normativo en la Constitución Política de 1991, que en su artículo 210 prescribe que “los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”, y en el artículo 123 que deja al legislador la tarea de establecer el régimen aplicable a los particulares que asuman esta función, desarrollado principalmente en la Ley 489 de 1998. Sin embargo, la expansión de este fenómeno se caracteriza por su *casuística*, no solo práctica sino también jurídica, ante la existencia de una normatividad especial, variada y dispersa, que exige precisar el marco jurídico de su configuración y el régimen jurídico aplicable, especialmente en materia de controles y responsabilidades.

Las prerrogativas y funciones que asumen los particulares son variadas, relevantes y transcendentales. Algunos pueden quitar y suspender tarjetas profesionales —sanciones a veces más gravosas que las previstas por el

derecho penal—, administran sumas considerables de recursos públicos, especialmente parafiscales, y emiten decisiones técnicas relevantes para el desarrollo urbano —licencias de construcción—. Además, se empieza a cuestionar la elección e idoneidad de estos particulares —caso de la Federación Colombiana de Ganaderos, Fedegan, intervención de los curadores, explotación de la marca Juan Valdés— y el marco de sus controles.

El ejercicio de la función administrativa por particulares es un fenómeno que no debe pasar desapercibido; se debe tener claridad del mismo y sujetarse al régimen de controles y responsabilidades como manifestación de un poder público contemporáneo, estatal y no estatal, limitado y constitucionalizado. En esta obra se indagará por los fundamentos de esta institución, y se evidenciará que *más que un supuesto de huida subjetiva del derecho administrativo y las garantías de la gestión pública, constituye un supuesto de su extensión.*

En estos términos, este estudio se justifica porque es común la atribución de funciones administrativas a particulares, pero no siempre existe conciencia de este fenómeno, pues hay un gran desconocimiento de los sujetos que pueden ejercer estas actividades, de las materias que se pueden atribuir, de los presupuestos e instrumentos para su atribución legal, y, lo que es más importante, se desconoce el régimen jurídico de sus actuaciones, controles y responsabilidades. Por tanto, es pertinente conocer la institución en su integralidad para el funcionario que debe asignar estas funciones, para el particular que las asumirá, para los órganos de control que tienen la tarea de vigilar su actuación, para el juez que ha de resolver las controversias que se presenten en la materia y para el ciudadano que se ve inmerso en este fenómeno.

Desde el nivel teórico se plantea una transformación de la estructura del Estado, al menos desde el plano funcional, por ser la función administrativa un ámbito *tradicionalmente estatal*. Por tanto, la colaboración e intervención de los particulares en la gestión pública constituye un fenómeno excepcional, porque el *particular* conserva su naturaleza y no forma parte del Estado, pero cumple una función pública, específicamente administrativa.

Bajo estos presupuestos, el trabajo se divide en seis capítulos donde se abordarán el significado y génesis de la función administrativa por particulares, su delimitación material y el régimen jurídico de sus actuaciones, controles y responsabilidades. Así, el primer capítulo tiene por objeto

la delimitación de la función administrativa, su noción, evolución y los problemas modernos de encuadramiento, a partir de un análisis y delimitación frente a otras funciones y actividades del Estado —de control fiscal y disciplinario, y electoral—, los servicios públicos y las actividades mercantiles e industriales.

En el segundo capítulo se presentan las primeras manifestaciones de los particulares en la gestión pública, sus antecedentes en el derecho comparado, donde se destaca su desarrollo en Francia, Italia y España; se identifica el surgimiento, reconocimiento, fundamentación constitucional y expansión de la función administrativa por particulares en Colombia.

El tercer capítulo se ocupa de su atribución y delimitación material, analizando la forma o las modalidades de asignación de esta función, se reflexiona sobre sus características, se identifican los límites para su atribución y se dimensiona el alcance funcional y la expansión de la función administrativa por particulares, a partir de las materias comúnmente atribuidas y los particulares que las desarrollan.

El cuarto capítulo presenta el régimen de las actuaciones de los particulares en ejercicio de la función administrativa: caracterización de sus actuaciones, expedición de actos administrativos y régimen contractual.

El capítulo quinto tiene por objeto determinar los controles y responsabilidades de los particulares en ejercicio de la función administrativa, a partir de una reflexión sobre el control y la responsabilidad de la función pública estatal y no estatal, y su desarrollo en el ámbito administrativo, fiscal, disciplinario y penal.

Finalmente, el sexto capítulo se pregunta por la jurisdicción de los particulares que ejercen funciones administrativas, los medios de control y la legitimidad del juez competente.

Como perspectiva teórica y metodológica, esta obra está fundamentada en una investigación dogmática iuspositivista de carácter explicativo, que privilegió el estudio del corpus normativo, la jurisprudencia y la doctrina nacional y extranjera en materia de función administrativa, y el ejercicio de la misma por los particulares. En esta línea se destacan como fuentes principales de trabajo, inspiración y dirección de lo aquí expresado, algunos trabajos como la investigación dogmática dirigida por el profesor David Suárez Tamayo sobre *Particulares que cumplen funciones administra-*

tivas en Colombia y, desde una perspectiva filosófica, la obra del profesor Fabián Marín Cortés, *Público y privado. Estudio sobre las transformaciones del Derecho, del Estado y de la Empresa*, que dimensiona el ejercicio de funciones administrativas por particulares como manifestación de lo que denomina “El Estado muda de piel: el surgimiento de la administración alterna o paralela de lo público”.

El trabajo que se presenta es el fruto de varios años de investigación; algunas ideas se nutrieron de las discusiones en el Centro de Estudios de Derecho Administrativo —CEDA— y, especialmente, de los aportes de su director y apreciado maestro, Fabián Marín Cortés, quien asesoró la versión inicial de este texto, más extensa y que se presentó como trabajo de grado para optar al título de abogada; también se nutrió de la lectura y los comentarios de David Suárez Tamayo y Julián David Agudelo, quienes actuaron como evaluadores, recomendaron su publicación y me motivaron a seguir adelante con este libro. A todos ellos, les expreso mi infinita gratitud.

También manifiesto un profundo agradecimiento a Richard Ramírez, Cristián Díaz, Jorge Humberto Calle, Tulio Elí Chinchilla, Bernardita Pérez, Luis Mario Marín, Luz María Wills, Olga Barrientos, a mis compañeros de estudio y maestros del Centro de Estudios de Derecho Administrativo —CEDA—, por acompañarme en este proceso; a mis maestros, amigos, compañeros de estudio y trabajo en la Jurídica de la Universidad de Antioquia y la Secretaría de Infraestructura Física del Departamento de Antioquia, el Juzgado Veinte Administrativo de Medellín, la Universidad de San Buenaventura y la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de mi Alma Mater y, especialmente, a mi amada Universidad de Antioquia, a quien debo todo lo que soy y quién ha auspiciado esta publicación.

Noción de función administrativa, evolución y problemas modernos para su delimitación

En este capítulo se precisará el significado y alcance de la función administrativa, su delimitación como ámbito funcional ineludible de la organización estatal, a partir de su identificación dentro de la teoría del Estado, como objeto del derecho administrativo y frente a la función pública, el servicio público y las nuevas funciones del Estado.

1.1. Estado, separación de poderes y especificidad de la función administrativa

El estudio de la función administrativa exige revisar la historia de las ideas políticas, para determinar la génesis de su formación, identificación y posterior distinción, hasta la actualidad. Esta necesidad de recurrir a la teoría del Estado se fundamenta por ser una de las principales funciones estatales y porque la administración pública tiende a un crecimiento constante e ilimitado del poder (Santamaría Pastor, 2004, p. 47), tanto que se equipara su historia con la del poder estatal.

La génesis de la función administrativa se ubica en el nacimiento del Estado moderno, aun cuando desde tiempo atrás se encuentran referencias a actividades similares dentro de la estructura política (Giannini, 1991, p. 41; Malagón Pinzón, 2007). Su origen se remonta a la teoría de la divi-

sión o separación de poderes, pues allí se otorga autonomía e independencia a esta función estatal, antes ejercida indistintamente.

Sin embargo, esta teoría no surgió *ex novo*. Hacia el siglo IV a. C., Aristóteles en *La Política* diferenció estas actividades no como funciones sino como partes del poder político, que podían confluir en la misma autoridad (2005, p. 329). En el siglo XVII, John Locke retomó esta distinción en su *Tratado sobre el gobierno civil* y diferenció cuatro poderes: legislativo, ejecutivo, federativo —dirección de las relaciones con el extranjero— y la prerrogativa —poderes discrecionales del monarca—; las ideas de Locke se basaron en la descripción de la realidad inglesa, donde la separación de poderes, más que una teoría, era una naciente práctica política.

Esta realidad fue captada por Montesquieu (1984), quien la difundió en *El espíritu de las leyes* (1748) por Europa continental como una distinción o división de funciones del Estado. Así se manifestaron la identificación, la distinción y la autonomía de las funciones estatales, entre ellas la función administrativa como expresión del poder ejecutivo:

En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder judicial de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder judicial de los que del derecho civil. Por el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a este poder judicial, y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado (1984, p. 168).

Montesquieu no se conformó con delimitar estas funciones sino que, imbuido por el naciente liberalismo, creó un engranaje político organizacional donde prevalecía la libertad y, tras identificar que “todo hombre que tiene poder se ve llevado a abusar del mismo” (p. 167), propuso que se podía “detener al poder” mediante su separación funcional y orgánica. Esta teoría ha recibido múltiples críticas y se ha desvirtuado en gran parte, hasta convertirse en una clásica e impracticable división de las funciones centrales del Estado. Algunas de esas críticas son: i) la confusión de las nociones de *poder* y *función*; ii) la equiparación de la función administrativa al órgano ejecutivo, y iii) el impacto de las transformaciones del Estado en la función administrativa.

En primer lugar, se diferencia el *poder estatal* de la *función estatal*, otorgándole al *primero* existencia única, indivisible y suprema, que se radica en el Estado como único y exclusivo titular, mientras que la *función estatal* hace referencia a un conjunto de actividades múltiples, otorgadas a diversos titulares, que tienen como fin realizar los cometidos estatales. En este sentido, no existe una verdadera división del poder estatal, sino una distribución de sus funciones, lo que obedece al principio de especialización (Escola, 1990, p. 7, Loewenstein, 1986, p. 55), donde se incluye la función administrativa.

En segundo lugar, desde la perspectiva de la división de poderes, se reduce de manera formal y simplista la función administrativa al poder ejecutivo, desconociendo que la organización estatal es un modelo complejo, donde los otros *poderes* también desarrollan esta función y el Estado asume múltiples funciones, varias de reciente aparición, que desbordan la clasificación tradicional porque no son, por su naturaleza, ni pura labor legislativa, ni mera ejecución, ni aplicación judicial, lo cual hace obsoleta la clasificación tradicional.

En tercer lugar, son múltiples y estructurales las transformaciones del Estado que impactan el contenido, la amplitud y los titulares de la función administrativa: la revaluación de la soberanía estatal, el advenimiento del Estado Social, la intervención en la economía, el movimiento constitucional de las posguerras con la prevalencia del principio de constitucionalidad, y el compromiso del Estado con los derechos humanos, fundamentales, económicos, sociales y culturales.

Los cometidos estatales no se dirigen, como en el Estado liberal, solo al mantenimiento de la seguridad, la justicia y el orden público, sino que con la intervención del Estado Social se asumen nuevas tareas y roles dirigidos a alcanzar el interés general. La ampliación de derechos, las nuevas actividades y los campos de regulación reflejan el crecimiento del Estado y la extensión orgánica y material de la función administrativa, hasta desplazarse el centro de gravedad del legislador a la Administración, pasando así a un *Estado administrativo*, donde Estado y sociedad se interconectan y se desdibujan sus fronteras (García Pelayo, 1995).

En consecuencia, la evolución de la función administrativa no se reduce a la expansión del quehacer estatal, sino también a la proliferación de su

ejercicio en manos de particulares. Esta nueva dinámica se reconoce como *externalización de la administración* (Laguna de Paz, 2011, mayo-agosto), la *Administración alterna o paralela* (Marín Cortés, 2008, p. 195), e incluso se enmarca en la concepción del *Estado administrador estatal y no estatal*, definido como:

El que *ejecuta directa o indirectamente y deja ejecutar prestaciones y servicios públicos*. Es el que ejerce por sí o a través de organizaciones sociales, asociaciones intermedias o sujetos privados, la función administrativa, entendida como actividad de gestión y servicio encaminada hacia la finalidad de bienestar general. Esta función la cumple la *Administración pública estatal y no estatal* para materializar los cometidos que le imponen el orden político (Estado orientador) y que se expresan a través del ordenamiento jurídico (Estado regulador) (Dromi, 1998, p. 42).

Así las cosas, la función administrativa ya no es la misma que identificaba Aristóteles como una parte del Estado, tampoco es la que distinguía y diferenciaba Locke, ni la que resultaba de dividir el poder funcional y orgánico como planteaba Montesquieu, sino que es algo más: es una función dinámica que evoluciona y se transforma al ritmo de la realidad social y que se destaca tanto por su nuevo ámbito de acción como por su amplitud, titularidad y ejercicio más allá del Estado, conservando su protagonismo como epicentro del derecho administrativo.

1.2. La función administrativa como objeto del derecho administrativo

La relevancia e importancia de la *función administrativa* se evidencia al tener un área dedicada a su estudio: el derecho administrativo. Su papel protagónico en esta parcela jurídica es indiscutible, razón que justifica su referencia, ya que las transformaciones del Estado y la función administrativa en sus titulares, tareas y finalidades impactan la esencia del derecho administrativo, de modo que se impone una extensión o restricción de su régimen y garantías.

El objeto del derecho administrativo no es unívoco, sino que está permeado de vaguedad e indeterminación, pero existe un consenso histórico en que la función administrativa es el objeto exclusivo, o uno de los objetos del derecho administrativo, razón por la cual su ejercicio por particulares transforma su objeto de estudio.

La función administrativa como objeto exclusivo tiene referencias clásicas y contemporáneas, algunas ya revaluadas, pero que conservan una importancia no solo histórica sino central en el derecho administrativo, que parten de una concepción material, sustancial u objetiva, y le otorgan protagonismo a la función administrativa sin precisar su contenido.

Dentro de esta posición se destacan Adolfo Merkl (2004, p. 102), la Escuela de Burdeos o “de los servicios públicos” que equipara la función administrativa a los servicios públicos; para León Duguit, “Al ejercicio de la función administrativa corresponde el derecho administrativo, que comprende el conjunto de reglas que se aplica a los efectos de los actos administrativos, así como al funcionamiento de los servicios públicos” (1975, p. 37). Para Capitant, Laferrierre, Rolland y Jèze, los servicios públicos y la función administrativa son *las piedras angulares del derecho administrativo* (Jèze, 1949; Cajarville Peluffo, 2011).

También acogen esta posición Marienhoff (2000, p. 49), Escola (1990, p. 25) y Linares (1975), para quien el derecho administrativo rige la función “administrativa cualquiera que sea el poder que la despliegue” (p. 83). Dromi (1998), en un sentido similar, señala que su objeto es *la función administrativa estatal y no estatal*:

En tanto el derecho administrativo regula un sector de la actividad estatal y de los entes no estatales que actúan en ejercicio de la función administrativa, por autorización o delegación estatal, se lo ubica como una rama del derecho público que proyecta en el plano existencial los principios axiológicos del derecho político y los principios normativos primarios del derecho constitucional (p. 15).

En cuanto a la doctrina nacional, para Penagos (2004, p. 157), el derecho administrativo regula la actividad del Estado y su objeto es la función administrativa, que también se ejerce por particulares.

Otro sector de la doctrina enfatiza que el objeto del derecho administrativo es la administración pública, bajo una connotación subjetiva o material-funcional, donde la función administrativa tiene un papel protagónico pero no exclusivo ni exhaustivo de esta disciplina. Así, Entrena Cuesta (1965) define el derecho administrativo como “conjunto de normas de Derecho público interno que regulan la organización y *actividad* de las administraciones públicas” (p. 84). En la misma línea, Fiorini (1968, p. 15), Garrido Falla (1994, p. 128) y Brewer Carías (2005, p. 155); y, en la

doctrina nacional, Santofimio Gamboa (2017, p. 133), Vidal Perdomo (2008, p. 1), Oscar Aníbal Giraldo (2010, p. 34), Libardo Rodríguez (2017, p. 37) y Tafur Galvis (1997, p. 94), quienes consideran que la función administrativa, junto a otros elementos, es objeto del derecho administrativo.

En estas posiciones se evidencia el peso de las nociones de *función administrativa* y *administración pública*, porque delimitan el campo de acción del derecho administrativo; por tanto, las transformaciones de los titulares de la función administrativa fundada en las nuevas relaciones entre el Estado y los particulares, constituye un reto para el derecho administrativo, que se mueve entre su huida y vigencia.

Trasponiendo las reflexiones de Dromi (1998, p. 54) sobre el derecho administrativo a la función administrativa por particulares existe una ¿huida o vuelta del derecho administrativo?; es decir, ¿se ha provocado una huida o vuelta del derecho administrativo a propósito de las nuevas funciones del Estado, los nuevos derechos del individuo y el ejercicio de la función administrativa por particulares? La respuesta es que se está configurando una nueva relación entre el Estado y la sociedad, que de ningún modo significa una huida del derecho administrativo, sino una extensión y transformación del derecho administrativo

1.3. Criterios delimitadores de la función administrativa

La función administrativa se identifica como una función derivada del poder estatal y su contenido se caracteriza por la vaguedad, razón que motiva discusiones en la doctrina sobre sus elementos definitorios. Frecuentemente se hace énfasis en su distinción frente a las otras funciones estatales, para darles un tratamiento jurídico independiente; pero este trabajo partirá de los criterios más destacados en la doctrina y la jurisprudencia para delimitar el campo de acción de la función administrativa.

1.3.1. Criterio sustancial, funcional, objetivo o material

Este criterio es uno de los más destacados y criticados. ¿Qué es *materialmente* la función administrativa? ¿Ha variado su contenido? ¿Ha sido siempre el mismo? ¿Con qué objetividad se puede proponer un criterio objetivo de la función administrativa? La respuesta es que esta función es dinámica, se transforma, evoluciona y adapta a las condiciones de la sociedad, razón que explica las dificultades y diferencias en este criterio.

Desde su contenido se destacan dos perspectivas: la primera tiene como elemento central la *ejecución* y se identifica como *la función material de ejecución de la ley*, posición defendida por los administrativistas clásicos. Su crítica principal es que las otras funciones estatales, en algún grado y medida, también ejecutan la ley. Esta visión es revaluada y defendida por varios autores, quienes con una perspectiva contemporánea no reducen su titularidad al poder ejecutivo ni se limitan a un solo criterio, sino que lo complementan y caracterizan como una actividad práctica y continua (Marín Cortés, 2010, p. 29).

Dentro de sus representantes, Linares (1975, p. 8) la define como la ejecución de todas las normas jurídicas que se encuentra destinada a la satisfacción del interés general; Fiorini (1968), como “labor ejecutoria concreta, continua y práctica, para reglar y satisfacer intereses públicos” (p. 29); y Lares, como “la realización de actos jurídicos, los unos de efectos individuales y los otros de efectos generales, y la ejecución de operaciones materiales, todo ello con el objeto de dar cumplimiento a las leyes, y de proveer a los requerimientos de la utilidad general” (2001, p. 224). Para Fraga (2000), consiste “en la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales” (pp. 55, 63).

En efecto, se aprecia que el criterio de la ejecución admite las características de la función y está circunscrito por unas finalidades, de modo que más que un parámetro de delimitación se presenta un criterio *mixto*, en donde prevalece como nota distintiva el concepto de *ejecución*.

En este sentido surge la segunda perspectiva, que distingue la función administrativa como una actividad concreta, inmediata, continua y práctica que realiza los cometidos estatales. Entre sus exponentes, Sayagués Laso la define como “la actividad estatal que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos —que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos condición— y operaciones materiales” (citado en Suárez Tamayo, 2010, septiembre, p. 25). Marienhoff (2000) la caracteriza como actividad permanente, concreta y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades de la sociedad (pp. 33, 66). Dromi (1998, p. 124) y Villegas Basavilbaso (citado en Gordillo, 2013, p. 105) siguen estas notas distintivas, pero orientándola a un interés colectivo o a los fines legales; y Brewer Carías (2005, p. 175) acentúa en estas actividades la concreción

de la función administrativa y la justificación de la personalidad jurídica del Estado.

Este criterio sustancial, objetivo o material es fuertemente criticado por considerarse que no es posible definir y distinguir la función administrativa a partir de nociones materiales (Merkel, 2004, p. 9), porque las actividades y funciones de la administración pública son genuinamente contingentes e históricamente variables (García de Enterría y Fernández, 2008, pp. 5-6). Esta razón cuestiona la validez de este criterio, pero también fortalece su concepción en nociones formales como la de *ejecución* y las *características* de esta función, que se conservan independientemente de sus contenidos y fines.

1.3.2. Criterio subjetivo, orgánico o formal

Desde el criterio subjetivo, la primera definición de la función administrativa se reducía a las actividades ejercidas por la rama ejecutiva; pero pronto se vieron sus defectos. Con todo, este criterio es importante en la génesis del derecho administrativo y su consolidación, por lo que la doctrina le otorga gran relevancia. Entrena Cuesta (1965) considera que este criterio es el prevalente, porque “solo pueden ser considerados como administrativos los actos que proceden de la Administración, entendida subjetivamente” (p. 34); incluso, García de Enterría y Fernández (2008, pp. 5-6) acuden a un criterio subjetivo para precisar la función administrativa y el objeto del derecho administrativo, al considerar que se trata de un derecho estatutario para la administración pública, entendida como *estatal*.

Este criterio recibe varias críticas. La más plausible reside en la falta de exclusividad del poder ejecutivo en el ejercicio de la función administrativa, debido a que otros órganos constitucionales —cuerpo legislativo y judicial— también realizan esta función. Otra crítica reside en la reducción funcional del poder ejecutivo, pues se considera que ejerce otras funciones como la de gobierno en el manejo de la seguridad nacional y las relaciones internacionales (Marín Cortés, 2008, p. 26); pero en Colombia esta distinción no ha sido fuerte y ni se percibe su *efecto jurídico útil*, porque se conciben las *funciones políticas* como formas de concretar la función administrativa caracterizada por su variedad y diversidad de contenidos.

En todo caso, este criterio es insuficiente ante la incursión de los particulares en el ejercicio de la función administrativa, antes que escapen al organigrama del Estado, pero que cumplen una función administrativa de su interés.

1.3.3. *Criterio finalístico*

De conformidad con este criterio, la función administrativa se delimita por la realización de los fines legislativos, el servicio público y el interés general. En primer lugar, por concretar *los fines legislativos*, porque el ordenamiento jurídico limita la actividad del Estado y se debe obrar respetando y materializando esos fines (Marienhoff, 2000, p. 60). Se crítica este criterio, ya que todas las funciones, incluso la legislativa y la judicial, deben actuar conforme al principio de juridicidad. Incluso se reconoce que la función legislativa *otrora* carente de límites debe someterse a la Constitución, sus principios y fines (Kelsen, 2009, p. 129).

En segundo lugar, la función administrativa se delimita por el *servicio público* como fin último y deber del Estado (Constitución Política, artículos 2 y 365). Se persigue la satisfacción del interés general a partir de actividades como los servicios públicos, hasta el punto que se considera que el derecho público es un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e ininterrumpido —postura defendida por la Escuela de Burdeos—.

Esta posición se critica por la titularidad de los prestadores de servicios públicos, que incluye a los particulares; porque los servicios públicos en la actualidad se rigen preponderantemente por el derecho privado —esto no se supone que deba ser así—, y por la realización de actividades industriales y comerciales por parte del Estado.

En tercer lugar, la función administrativa realiza el interés general, posición que si bien comparte la doctrina no se defiende como criterio exclusivo, dado que las otras funciones del Estado tienen esa finalidad; además, existen actividades que satisfacen el interés general y no son funciones administrativas, ni se rigen por el derecho administrativo, verbigracia, la administración de justicia o las políticas privadas o corporativas de responsabilidad social.

1.3.4. *Criterio de las prerrogativas públicas*

Este criterio lo presenta Maurice Hauriou (1928), considerado el fundador de la llamada “escuela de la *puissance publique*”, para delimitar la administración pública como objeto del derecho administrativo, más que para perfilar los contornos de la función administrativa y, en la actualidad, es

el criterio de autoridad acogido por el legislador en el artículo 70 de la Ley 1952 de 2019 para delimitar a los particulares que cumplen funciones públicas y están sujetos al control disciplinario, razón que exige delimitar su alcance. Así, la actividad administrativa está dotada de unos poderes o prerrogativas excepcionales en manos de la Administración —derechos de poder público—, y de los que carecen los particulares. Su disponibilidad y uso es de vital importancia para la organización estatal, de modo que hay función administrativa cuando la actuación está mediada por el uso de estas prerrogativas.

A pesar de la claridad del razonamiento y de su importancia para el derecho administrativo, este criterio ha recibido múltiples críticas: i) la Administración no siempre utiliza los poderes públicos, como se evidencia en la clásica distinción de las actuaciones en actos de poder y actos de gestión —donde no se usaban prerrogativas— (Marín Cortés, 2010, p. 79; Santaella Quintero, 2011); ii) los particulares también tienen poderes que se equiparan o superan a los de la Administración —contratos de adhesión, pacto de condiciones contractuales más favorables, las multas, cláusulas penales o la renuncia a la condición resolutoria tácita—; y iii) la función administrativa no implica, necesariamente, el uso de prerrogativas públicas, por ejemplo en la implementación de los programas de educación, formación para el trabajo, y promoción y prevención de la enfermedad.

Sin embargo, este criterio es útil para el derecho administrativo vincular a los particulares cuando ejercen funciones administrativas. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-166 de 1995 señaló que las personas jurídicas privadas cuando tienen la facultad de ejercer funciones administrativas ocupan la posición de la autoridad estatal y, por ende, gozan de *las prerrogativas del poder público* y se encuentran sometidas al derecho público.

La Corte en otros escenarios reconoce que la función administrativa es la que delimita la titularidad de estas prerrogativas, ya que son una manifestación de *imperio, soberanía, poder y autoridad*. No es la prerrogativa la que define la función, sino *la función la que define la prerrogativa*. Así, en la sentencia C-660 de 2000, declaró la exequibilidad condicionada del artículo 112 de la Ley 6 de 1992, que confería la función de cobro coactivo a las entidades —privadas— vinculadas a la administración pública, solo frente a los recursos provenientes de funciones netamente administrativas.

En materia de servicios públicos, este criterio adquiere gran importancia, dado que la Corte Constitucional, en las sentencias C-558 de 2001, C-305 de 2004 y C-037 de 2003, concluyó que los operadores de los servicios públicos —privados, mixtos o públicos— solo excepcionalmente cumplen funciones administrativas cuando tienen a cargo prerrogativas del poder público. Prerrogativas como el trámite de los recursos administrativos, las previstas para el uso del espacio público como ocupación temporal de inmuebles, la constitución de servidumbres, la enajenación forzosa de los bienes para la prestación del servicio, eventualmente el cobro coactivo, la expedición de actos unilaterales y, en el ámbito contractual, el ejercicio de las cláusulas exorbitantes.

En el 2011, el legislador estableció la expedición de actos unilaterales y el uso de poderes coercitivos —*actos de poder*— como criterios para identificar el ejercicio de funciones administrativas por particulares. Así, el artículo 44, inciso 2, de la Ley 1474 de 2011 prescribió:

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 permitan el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; *lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.*

Además, en el año 2019 con la expedición del Código General Disciplinario se derogó la Ley 734 y el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011 que establecía un concepto de función pública para efectos disciplinarios y, en su lugar, el artículo 70 de la Ley 1952 prescribió que “Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, desarrolle o realice prerrogativas exclusivas de los órganos del Estado”¹. Frente a esta disposición se reiteran las críticas, ya que su adopción comporta un criterio reduccionista, que desconoce el alcance y ejercicio contemporáneo de la función administrativa; sin embargo, es el acogido por el legislador para delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de uno de las manifestaciones más importantes del *ius puniendi* del Estado, el control disciplinario para los particulares que ejercen funciones públicas.

1 La vigencia del Código General Disciplinario, Ley 1952 de 2019, fue diferida hasta el 1 de julio de 2021 por el artículo 140 de la Ley 1955 de 2019 “Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”.

1.3.5. *Criterio normativo*

Este criterio supone la existencia de una definición constitucional o legal de *función administrativa*. No es común su aplicación directa, pero, sí indirecta, evaluando esta función no desde su ser, sino desde sus consecuencias jurídicas, a medida que se asume un reconocimiento tácito de las materias, competencias o actividades que abarca.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, al señalar su ámbito de aplicación, adoptó un criterio subjetivo, al disponer que se aplica a los órganos de las tres ramas, los autónomos e independientes del Estado y solo a los particulares si ejercen funciones administrativas —artículo 2—. Criterio reiterado en el objeto de la jurisdicción —artículo 104—, por referirse a las actividades de los entes del Estado, y a un criterio material: en relación con *las materias sujetas al derecho administrativo* y frente a los particulares *cuando ejerzan función administrativa*. Posteriormente, la misma disposición extiende estas nociones materiales a procesos de responsabilidad extracontractual, contratación, entre otros, sin indicar las razones de la extensión de la jurisdicción (Consejo de Estado, 2013, noviembre 21, sent.; 2014, febrero 12, sent.).

En estos términos, la noción de función administrativa a partir del criterio normativo es variante e insegura, por la presencia de múltiples criterios, incluso contradictorios, razón por la que no existe una correspondencia con el objeto de la jurisdicción administrativa. En todo caso, este criterio es importante porque refleja señales e indicios de cambios y retos de la función administrativa contemporánea.

1.3.6. *Criterio de la exclusión*

El criterio de la exclusión, propuesto por Merkl (2004), surge ante la dificultad de proponer una definición positiva de la función administrativa, pues la actividad que se agrupa en su interior es muy amplia y diversa en su forma y contenido. Por tal razón, tiene una acogida extensa al delimitar esta función a partir de la sustracción de la función legislativa y judicial, quedando tan solo la administrativa: “Todo aquello de lo que se ocupa el Estado, fuera de la legislación y de la justicia, es [...] administración en sentido estricto o, sencillamente, administración —una serie de funciones de naturaleza técnica, espiritual, jurídica, que se propone en cada una aportar resultados prácticos al bienestar común—” (pp. 6-8).

En relación con la exclusión, Escola (1990) considera que se pueden sumar otras razones para su distinción, así “la naturaleza concreta y continuada de la actividad administrativa contribuye a distinguirla de la legislativa, mientras que su relación directa e inmediata con las finalidades públicas la diferencia de la judicial, en que tal vinculación es sólo mediata e indirecta” (p. 34).

Sobre la valoración de este criterio, Marín Cortés (2010, p. 79) señala que es el criterio más sensato porque es consciente del problema que implica introducir elementos específicos o notas diferenciales en el concepto de función administrativa.

Conforme a lo anterior, la argumentación tan descriptiva y elemental que subyace en el criterio de la exclusión no es óbice para su importancia; de hecho, en la práctica es uno de los criterios más útiles y efectivos a la hora de distinguir el contenido de la función administrativa, pues los criterios positivos y/o materiales imposibilitan ofrecer una noción que abarque la totalidad de las diversas tareas que realiza el Estado por medio de la función administrativa.

1.3.7. Criterio mixto

La pretensión de encontrar un criterio único y delimitador de la función administrativista contemporánea ha sido una tarea infructuosa, razón que justifica recurrir a una noción más compleja, que integre diversos criterios y dé cuenta de la realidad social y jurídica de esta institución. La insuficiencia de un criterio único se denuncia como un tópico común.

En este sentido, Gordillo (2013) propone una combinación del criterio orgánico y material: “Este entrelazamiento de funciones en sentido material que realizan los órganos estatales demuestra que no puede hallarse un criterio orgánico o material positivo y puro para conceptuar cada una de las funciones: es necesario buscar un criterio mixto, que combinando los elementos de uno y otro tipo pueda ofrecer una noción útil, aunque resulte menos elegante que las demás” (p. ix-8).

La ausencia de criterios únicos y exclusivos para abarcar un conjunto de tareas tan diversas se destaca en la doctrina nacional, que también apela a la construcción ecléctica. Santofimio Gamboa (2017) acepta conjugar elementos funcionales y finalísticos para amplificar su ámbito de acción:

En esta perspectiva, no solo estudia los órganos típicamente administrativos, sino también las funciones administrativas ejercidas por cualquier otro órgano o poder del Estado, o por los particulares como forma de participación en la gestión administrativa con similares propósitos finalísticos. Como consecuencia, es inevitable que aborde las múltiples relaciones que se puedan suscitar con los asociados, los ciudadanos y la comunidad en general en el ejercicio de funciones administrativas (p. 133).

En el mismo sentido, Molano López (2005, p. 23) considera que no existe un solo criterio para definir la función administrativa; por tanto, su noción está en cada uno de los elementos que la integran, como son la organización, la actividad, la relación de medios a fines y el prototipo de relación jurídica que propicia. Marín Cortés (2010) acoge un criterio mixto que conjuga un criterio de exclusión y va un paso más allá, con una noción en términos positivos, así: “la función administrativa, excluidas las tareas a cargo de las ramas legislativa y judicial, es *toda actividad que realice la rama ejecutiva del poder público* [...]. Y desde luego que otras ramas del poder, así como los particulares, ejercen la misma función, cuando cumplen tareas similares encomendadas a la rama administrativa” (p. 80).

Esta delimitación es más realista y aunque parece tomar un criterio material no deja de ser formal, al señalar que son todas las actividades que realizan determinados órganos —el ejecutivo— y las similares que realicen otros órganos e incluso los particulares, pero no se dice qué/cuáles actividades, sino que el criterio predominante es el subjetivo; y, por analogía, el material para incluir la función administrativa de los otros órganos del Estado y de los particulares.

Esta noción de función administrativa presupone que la unión de criterios permite obtener una noción más certera, segura y fiable, pues la adopción de cualquiera estará viciado por exceso o defecto, en tanto el asumirla tiene una tarea, por sí misma, pretenciosa: capturar una realidad jurídica consagrada en la ley y una realidad social, política y económica, ambas dinámicas, cambiantes e interrelacionadas, razones que dificultan fijar su alcance.

En este sentido, el criterio mixto es el más adecuado y conveniente, tiene menos peligros y defectos, y es el que mejor describe, perfila y delimita los contornos de la función administrativa. Sin embargo, su adopción presu-

pone delimitar esta función en una grada más avanzada, para definir sus contornos frente a las otras funciones estatales, tópico que se abordará en el siguiente acápite.

1.4. Delimitación de la función administrativa en la gestión pública

Delimitar la función administrativa es un reto que evidencia las principales dificultades de su abordaje, entre ellas las semánticas. *Función administrativa* no es un concepto unívoco, sino ambiguo e indeterminado, situación favorecida por sus referencias en la Constitución, la falta de técnica legislativa y jurisprudencial, y el desarrollo doctrinal. En este trabajo se advertirán dichas dificultades abordando la equiparación y diferenciación de la función administrativa con la función pública, el servicio público, las funciones contemporáneas del Estado —de control y electoral— y su actividad industrial o mercantil.

1.4.1. La función pública es diferente de la administrativa

La función pública y la función administrativa se equiparan frecuentemente en la ley y la jurisprudencia; por ello, se suele asimilar el ejercicio de estas funciones por particulares, como si se tratará de lo mismo. Esta situación justifica la diferenciación de estas nociones: la función administrativa es una noción abstracta, indeterminada o un concepto jurídico indeterminado, mientras que la función pública es un concepto ambiguo equiparado a: i) todas las funciones del Estado; ii) la función administrativa y iii) el empleo público.

En la actualidad la noción de función pública se usa para identificar el régimen del personal o las actividades del Estado, situación que reconoce la doctrina y la jurisprudencia. El Consejo de Estado advierte esta ambigüedad, así:

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

En efecto, función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares (1999, noviembre 18, sent.; 1999, agosto 5, sent.).

Dicha dificultad encuentra varias causas como la organización de la función pública y la falta de técnica legislativa. En relación con la primera, la función pública se organiza como un conjunto de entes, órganos y competencias con una finalidad determinada, manejo de los recursos humanos que se suele denominar *función pública*, o con la noción menos usual, pero más precisa, de *servicio civil* (Younes Moreno, 2012, p. 6).

Frente a la segunda causa, en la Ley 909 de 2004 se equipara la carrera administrativa, la gerencia pública y, en general, el régimen laboral de los servidores públicos, bajo el concepto de *función pública*: “quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman *la función pública*” —inciso 2, artículo 1—, y configura la función pública con una lista de empleos: “De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, *hacen parte de la función pública* los siguientes empleos públicos: [...]”. Además, al definir el *empleo público* señala que “El empleo público es el núcleo básico de la estructura de *la función pública*” —artículo 19—.

La equiparación de la Ley 909 es tan fuerte que parece el único sentido del término *función pública*; sin embargo, la Constitución no asimila tales nociones, al señalar en su artículo 40 que toda persona puede *acceder al desempeño de funciones y cargos públicos* y al consagrar que los particulares podrán ejercer funciones jurisdiccionales y administrativas, las cuales si bien son públicas no comportan necesariamente el ejercicio de un empleo público (ejemplo: conciliadores, árbitros, empleados de las cámaras de comercio, etc.).

Por otro lado, es común diferenciar la función administrativa de la función pública, argumentando que la segunda es el género y la primera la especie, posición que se comparte; sin embargo, la jurisprudencia en algunos casos las asimila. La Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia del 26 de julio de 2001, definió la función administrativa como “aquella *actividad ejercida por los órganos del Estado* para la realización de sus fines; tal concepto se diferencia del concepto de servicio público en que este es una actividad que desarrolla la administración, en forma directa o delegada,

con el objeto de satisfacer las necesidades de los administrados, esto es: el interés general” (Consejo de Estado, 2001, julio 26, sent.).

La Sección Primera, por su parte, diferenció las nociones y señaló su relación de género/especie: “[...] la función administrativa es una de las funciones del poder público, o sea, una clase de función pública, de modo que el género es función pública y una de sus especies es la función administrativa” (Consejo de Estado, 2003, marzo 20, auto). La providencia señala que la naturaleza de la función administrativa se determina por su origen e inmanencia al poder público y no por ser desarrollada, regulada y controlada por el Estado.

En este sentido, los usos jurídicos de la expresión *función pública* que cuentan con validez constitucional excluyen su equiparación con la *función administrativa*, incluso al definir esta última como el conjunto de actividades realizadas por los órganos de las ramas del poder público y los órganos autónomos. Esta posición se refleja en la sentencia C-037 de 2003, que indicó:

La Constitución utiliza el término “función” para identificar las actividades del Estado, (art. 113 C.P.) así como para determinar las competencias de los diferentes órganos estatales (arts 150, 241, 277 C.P. por ejemplo). [...] La Constitución hace referencia a las expresiones “función pública” y “funciones públicas” de manera específica en el capítulo II del título V sobre la organización del Estado, en el que se establecen los principios que rigen el cumplimiento de ‘funciones públicas’ por los servidores públicos.

Cabe recordar, así mismo, que la Constitución califica expresamente como “funciones públicas” la administración de justicia (art. 228 C.P.) y el control fiscal (art. 267 C.P.), en tanto que el artículo 209 se refiere a la “función administrativa” (art. 209 C.P.) especie dentro del género función pública (Corte Constitucional, 2003, sent. C-037).

Luego, la Corte concluyó que “la noción de ‘función pública’ atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines”.

En estos términos, *función pública* es el género de las funciones de la organización pública; pero, no hay claridad sobre las funciones específicas que

desarrollan estos últimos órganos —autónomos e independiente—, tema que se deja a un lado por considerar que la mayoría de estos órganos, a pesar de que tengan competencias especiales, ejercen *funciones administrativas*; en cambio, se abordarán más adelante las funciones electorales y de control por su tendencia independista.

1.4.2. La función administrativa es diferente del servicio público

Uno de los temas más controvertidos en el derecho administrativo es determinar si la función administrativa es equiparable o no al servicio público, tarea que supera la especulación, por los efectos prácticos que se derivan de incluirlo dentro de esta función. La mayor dificultad reside en la dinámica, variabilidad y renovación de la función administrativa en las últimas décadas. Así, se encuentran múltiples posiciones, a nivel nacional e internacional, en las que se destaca la doctrina administrativista clásica y contemporánea, y la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

En la doctrina clásica, para la Escuela de Burdeos, *servicios públicos* es igual a *función pública* y, dentro de ella, a la *función administrativa*. No obstante, en la doctrina nacional e internacional se vislumbran varias diferencias entre estos conceptos. Para Marienhoff (2000, p. 49) y Lares (2001, p. 232), la diferencia reside en el criterio de la soberanía. Bielsa (1955), por su parte, considera que “En principio, la función pública es lo abstracto y general, y el servicio público es lo concreto y particular. [...] El servicio público *actualiza y materializa* la función” (p. 37), posición con la cual pretende diferenciarlas, pero de su apreciación se advierte lo contrario, dado que sí la prestación del servicio público materializa la función pública, no hay duda de que se trata una función administrativa.

Linares (1975, p. 511) diferencia estos conceptos en el carácter de la prestación: si es general es una mera función —seguridad y defensa—, pero si la prestación es individual es una función —servicio público—. En esta línea, Fiorini (1968, p. 205) afirma que la diferencia reside en el beneficiario: la seguridad y la defensa son necesarias para el Estado, por tanto, son funciones públicas, mientras los servicios públicos no buscan satisfacer las necesidades del Estado, sino las concretas de los habitantes.

Estas posiciones son cuestionables porque bajo su diferenciación los servicios públicos con prestación individualizada no dejan de ser función pública. Además, el Estado no es un mero ente abstracto, sino la figura que organiza el poder, compuesto por un territorio, una población y una autoridad; de modo que las actividades que benefician al Estado realmente benefician a toda su población y las que reportan un beneficio para cada uno de los habitantes benefician realmente al Estado.

La Constitución Política de 1991 impulsó la reforma y modernización del Estado, y revivió la discusión por los servicios públicos. Esto llevó a que la doctrina y la jurisprudencia asumieran posiciones fuertes y contrapuestas, destacándose como posición mayoritaria la concepción de los servicios públicos como una actividad inmersa en el mercado y alejada de la función administrativa.

Esta posición se fortaleció con varios mandatos constitucionales que señalan la posibilidad de que los particulares presten servicios públicos, de manera concurrente con el Estado, como en la seguridad social, la salud, la educación y los servicios públicos domiciliarios. Estas disposiciones, entre otras, se desarrollan a nivel legal en las leyes: 37 —telefonía móvil—, 100 —Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales—, 105 —transporte—, 142 —servicios públicos domiciliarios—, 143 —energía eléctrica—, 182 —televisión—, 1369 —servicios postales—; en todas ellas, además, se evidencia la prevalencia del derecho privado como normativa aplicable en su gestión.

En este sentido, la Corte Constitucional ha diferenciado, en múltiples oportunidades, la *función administrativa* de los *servicios públicos*, en especial de los domiciliarios —acueducto, energía, aseo y alcantarillado, entre otros—, ámbito de vital importancia por ser, dentro del conjunto de los servicios públicos, los destinados a garantizar las necesidades básicas. En la sentencia C-037 de 2003 señaló que:

[...] no resulta entonces asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público.

El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado.

Debe recordarse así mismo que como se desprende del artículo 365 superior, la actividad de prestación de los servicios públicos no es únicamente del Estado, y que bien puede éste decidir dejarla en manos de los particulares, no obstante que la regulación, control y vigilancia de dichos servicios le corresponda ejercerla directamente y con exclusividad (arts. 189-22, 365, 370).

Ello no sucede en cambio en el caso de las funciones públicas, que corresponde ejercer a los servidores públicos y solo de manera excepcional puede ser encargado su ejercicio a particulares (art. 123-2), y en los términos ya expresados.

Cabe precisar que este entendimiento dado por la Constitución a la noción de servicio público corresponde a la evolución que dicha noción ha tenido en la doctrina y que ya no corresponde a la noción clásica de servicio público que implicaba la asimilación del servicio público con la función pública y con el derecho público (Corte Constitucional, 2003, sent. C-037).

Esta posición se reitera por el Consejo de Estado para argumentar la nueva concepción de los servicios públicos y el papel del Estado en su prestación, afirmando que no existe una relación necesaria entre la función administrativa y la prestación de servicios públicos (Consejo de Estado, 2005, febrero 17, auto). Sobre el particular, se destaca la posición asumida por esta Corporación, con fundamento en Chahín Lizcano (1998):

Los servicios públicos se sustraen del esquema de administración pública, de función pública, de servicio público como responsabilidad estatal, para trasladarse al campo de la economía general, en donde el Estado cumple con respecto a ellos, su papel regulador [...] por lo que resulta válido afirmar que en adelante, la aproximación conceptual al tema de los servicios públicos no puede hacerse con fundamento en la ecuación que equipara servicio público a función pública, sino desde la perspectiva de que corresponden al concepto de bienes de mercado (p. 111).

En otras ocasiones, la jurisprudencia ha diferenciado estas instituciones, en razón del poder público que se expresa en ellas, afirmando que la función administrativa siempre es expresión del poder público, mientras que los servicios públicos no necesariamente, situación que no perjudica la legitimidad del Estado para regularlos, vigilarlos y controlarlos, pero estos últimos aspectos *sí* son insuficientes para calificarlos como función administrativa (Consejo de Estado, 2003, marzo 20, sent.).

Esta línea es reiterada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que considera que la función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines, mientras que el servicio público es toda actividad dirigida a satisfacer necesidades de interés general, de manera regular y continua, ya sea por parte del Estado o por particulares expresamente autorizados para ello; esto es, que no siempre todo servicio público está radicado en manos del Estado y, por ende, en la mayoría de las ocasiones no puede utilizar el poder público (Consejo de Estado, 2004, febrero 19, sent.; 2004, marzo 22, sent.).

Asimismo, la Sección Tercera ha considerado que la noción de la Escuela de Burdeos, que asimilaba los servicios públicos con la función administrativa, ha sido superada por la nueva concepción económica de los estados contemporáneos:

La Carta de 1991, al regular los servicios públicos domiciliarios como un apartado especial de la Constitución Económica, introdujo un cambio sustancial: el nuevo ordenamiento constitucional dejó atrás la noción de servicio público que lo asimilaba a una proyección de la “función pública” y optó por un “nuevo servicio público” basado en el modelo competitivo: a la vez libre e intervenido por el Estado en su condición de director general de la economía (Consejo de Estado, 2007, agosto 15, sent.).

No obstante, esta postura no ha sido pacífica, pues aun cuando la diferencia entre servicio público y función administrativa haya sido prevalente en la jurisprudencia de acciones ordinarias, tras la expedición de la Ley 472 de 1998, que regula las acciones populares, la jurisprudencia del juez contencioso administrativo mutó hasta el punto de reconocer, mayoritariamente, el carácter de función administrativa que caracteriza a los servicios públicos.

En este sentido, se destaca la investigación del profesor Hernán Darío Vergara (2009, p. 132), quien tras analizar la jurisprudencia de las acciones populares interpuestas ante el Consejo de Estado, relacionadas con los servicios públicos en el periodo 1998-2004, concluyó que la teoría clásica de los servicios públicos sigue vigente, pues en el derecho viviente la *tendencia* de la Sección Primera es considerar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, aseo y saneamiento básico como manifestación

del ejercicio de la función administrativa. También señaló que para el periodo 1998-2000 la Sección Tercera defendió la tesis contraria. Con todo, advierte que la primera posición es mayoritaria, y que, por tanto, la idea de los servicios públicos como función administrativa no ha quedado atrás, sino que sigue vigente y con una posición fuerte (p. 133).

Este tratamiento circunstancial en la resolución de *acciones ordinarias*, donde se señala que el servicio público no es expresión de la función administrativa, como sí se considera en las *acciones populares*, pone de manifiesto la cantidad de variables subyacentes. Los servicios públicos abarcan una gran cantidad de actividades, muchas de las cuales prestan los particulares, en un régimen de competencia, lo que dificulta asumir una postura, pues una consecuencia obligada es el mayor o menor grado de intervención estatal.

En la doctrina se suelen diferenciar las actividades, restando y circunscribiendo la categoría de servicios públicos solo a aquellas que satisfacen las necesidades más prioritarias de la población. Esta noción no cambia por el hecho de que sea un particular o el Estado el encargado de su prestación, ni por el régimen jurídico de derecho privado o administrativo; un servicio público es aquel que *satisface una necesidad de interés general, así declarado por la Constitución Política o la ley*.

Su calificación tiene una importancia transcendental por las obligaciones que se imponen en el modelo de Estado Social de Derecho. En tal sentido, esta definición subyace en las únicas nociones legales de *servicio público*, previstas: i) en el Código Sustantivo del Trabajo, CST, —decretos 2663 y 3743 de 1950—, para definir el alcance de la huelga y prohibirla en los servicios públicos esenciales; y ii) en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, EGCAP, para señalar los principios que orientan la contratación estatal. En ambos casos, el servicio público no se circunscribe a una actividad estatal, aunque se le asignan deberes especiales al Estado para su prestación pues se reconoce desde la mitad del siglo xx que pueden prestarlos los particulares.

En efecto, el artículo 430 del CST prescribe “se considera como *servicio público*, toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamen-

te, o por personas privadas”, y enlista actividades que constituyen servicios públicos, varias de las cuales están a cargo de los particulares —por ejemplo: transporte, acueducto, energía eléctrica, telecomunicaciones, establecimientos de asistencia social, caridad y beneficencia, entre otras—. Por su parte, el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 define los *servicios públicos* como “Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines”.

Para efectos de la distinción, se advierte que la connotación de servicio público no siempre lleva consigo el ejercicio de función administrativa y, por supuesto, esta tampoco implica siempre la prestación de servicios públicos. Al respecto, se acogen los argumentos de Marín Cortés (2010), quien considera que “no todo lo que es función administrativa es servicio público” (p. 45), porque si bien todo servicio público tiene como fin satisfacer el interés general, no siempre la función administrativa toma en cuenta el interés de la comunidad como fin de su actuación, como sucede con las relaciones diplomáticas. Además, “no todo servicio público es ejercicio de función administrativa” como se manifiesta con la administración de justicia, que es un servicio público pero no función administrativa, sino judicial. Sin embargo, los servicios públicos encomendados a la rama administrativa sí constituyen función administrativa; por ello se infiere que, “la relación entre servicio público y función administrativa es constante e intensa; pero en todo caso también es contingente, es decir, que no es necesaria” (*ibídem*).

Así las cosas, los servicios públicos y la función administrativa son dos instituciones diferentes que no se implican mutuamente, pero que confluyen con gran intensidad, por ende los servicios públicos no siempre implican el ejercicio de función administrativa. No obstante, hay consenso en que el prestador de los servicios públicos sí ejerce función administrativa cuando hace uso de las prerrogativas que le ha otorgado la ley, lo cual apareja un régimen jurídico mixto, situación que en otras latitudes —la Unión Europea— ha llevado al cambio de su denominación por la de *servicios de interés económico general* (artículo II-96 de la Constitución Europea; *cf.* Ariño Ortiz, 2003).

1.4.3. La función administrativa y las nuevas funciones públicas en el Estado contemporáneo: La función de control —fiscal y disciplinario— y la función electoral

La transformación del Estado ha revaluado la clásica división tripartita del poder, y desde hace años aparecen otras tareas de gran importancia para el Estado, entre ellas el control fiscal, el control disciplinario y la actividad electoral, que en ocasiones son calificadas como *funciones*, bajo el respaldo del artículo 113 de la Constitución Política, que al configurar la estructura del Estado incluyó las clásicas ramas del poder público: legislativa, ejecutiva y judicial, pero también *otros órganos* para *el cumplimiento de las demás funciones del Estado*.

Con fundamento en esta disposición se reconoce una realidad política evidente, la complejidad de los estados exige nuevas tareas que no se limitan a las tres funciones clásicas propuestas por Montesquieu, sino que hay otras que obedecen a la dinámica del poder público y han tomado fuerza por el papel protagónico del ciudadano, la democracia participativa y la consagración del Estado Social de Derecho. En este sentido, hay que indagar si estas nuevas tareas son parte de la función administrativa o si son diferentes, autónomas e independientes, pues a partir de su inclusión o exclusión se limita la dimensión, contorno y alcance de la función administrativa por particulares.

a) La función de control y la función administrativa

La Constitución Política califica como órganos de control al Ministerio Público y a la Contraloría General de la República —artículo 117—, asignándole al primero “la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas” (artículo 118), y al segundo “la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración” (artículo 119); y de conformidad con el artículo 113 constitucional pertenecen a los *otros órganos* —diferentes de las ramas del poder público— encargados del cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Pero, ¿es la función de control, fiscal o disciplinaria, autónoma e independiente? En esta pregunta reside el *quid* del asunto, ya que se encuentran posturas arraigadas tanto en una concepción tradicional —que niega su

autonomía— como en una moderna —que apela a su existencia—, que no pueden dejar a un lado el estudio de su configuración constitucional. Cualquiera que sea la posición adoptada, no dejará de ser una cuestión *convencional*.

Por ejemplo, Brewer Carías (2005) le otorga autonomía a la función de control, sin distinguir clases o modalidades, pues afirma que las funciones del Estado son: normativa, política, jurisdiccional, administrativa y de control, esta última concebida como “el control de las propias actividades administrativas y de las actividades particulares reguladas por el Estado” (p. 174). Sin embargo, este concepto es sumamente amplio, pues bajo su campo de acción se puede enmarcar cualquier desarrollo jurídico, dado que el derecho es un sistema de control social atribuido al poder público.

Por ser un tema tan arraigado a la configuración constitucional, se abordará solo en el caso colombiano, presentando los argumentos constitucionales y legales que justifican la independencia de esta función, y distinguiendo el control fiscal y el disciplinario, pues se considera que tienen objetos, principios, fines y regulaciones diferentes.

En relación con la Contraloría General de la República y su función, se predica su *independencia* porque la Carta constitucional define el *control fiscal* como una *función pública*, mediante la cual “vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”, y se le cualifica como una *entidad con carácter técnico, autonomía administrativa y presupuestal*. La Ley 42 de 1993, en el artículo 4, reitera esta calificación al prescribir que el “control fiscal es una función pública”.

Un segundo argumento reside en el inciso 4 del artículo 267 de la Carta Superior, que prescribe que la Contraloría, “No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización” (*cf.* Corte Constitucional, 1998, sent. C-189; 1999, sent. C-113; 2015, sent. C-103). Con fundamento en esta disposición en la sentencia C-529 de 1993 se declaró inexecutable un apartado del artículo 108 de la Ley 42 de 1993, que asignaba a la autoridad de control fiscal la posibilidad de ordenar la adjudicación de las licitaciones en audiencia pública, por considerar que se trataba de un control previo y de una función de naturaleza administrativa.

Otro argumento se desprende de la regulación de la función de control en un acápite diferente al de la función administrativa; la primera en el título X de los organismos de control y la segunda en el título VII de la rama ejecutiva, situación que reitera la autonomía e independencia de los órganos de control fiscal frente a las autoridades administrativas, y constituye un fuerte indicio de su carácter autárquico.

Un cuarto argumento se deriva de su consagración normativa que al calificarla como una función pública, le prescribe *principios propios y diferentes de los previstos para la función administrativa* como la eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales (artículo 267) y el principio de eficacia, consagrados a nivel legal (artículo 8 de la Ley 42 de 1993).

En quinto lugar, estos organismos y sus funciones se regulan en diferentes cuerpos normativos; la función administrativa, su ejercicio, órganos, principios y reglas básicas de organización se desarrollan en la Ley 489 de 1998; mientras los organismos y la función de control fiscal se regula en las leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, esta última encargada del régimen de responsabilidad fiscal. Además, la Ley 489 de 1998 no referencia actividades de control fiscal, confirmando la diferencia de marcos regulatorios.

En sexto lugar, el artículo 7 de la Ley 42 de 1993 consagra que “la vigilancia de la gestión fiscal” es una actividad, tarea o función *autónoma* que se ejerce de manera *independiente* sobre cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa, disposición que confirma la autonomía del control fiscal.

Aunque estos argumentos son suficientes para demostrar la especialidad del control fiscal, es importante destacar que hay una línea jurisprudencial consolidada que reconoce este *status*, en las sentencias C-132 y C-534 de 1993, reiteradas en las sentencias C-167 de 1995, C-734 de 2005, C-529 de 2006, C-382 de 2008, C-1339 de 2000, C-599 de 2011, C-406 de 2013, C-826 de 2013, C-338 de 2014, C-103 de 2015, SU-431 de 2015 y C-470 de 2017.

La Corte Constitucional en la sentencia C-534 de 1993 fundamenta este estatus en la nueva perspectiva de la división de poderes adoptada en la Carta constitucional, y la califica como *función pública de control fiscal*, así:

Agrega la Constitución, en su lógica distributiva de las funciones públicas que, además de los órganos que integran a aquellas Ramas del poder

público [legislativa, ejecutiva y judicial], existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, (art. 113 C.N.), denominados “órganos de control”, entre los que se encuentran, además del Ministerio Público, la Contraloría General de la República (artículo 117), a cuyo cargo está la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración. Esta lógica de separación, independencia y autonomía otorgada a la Contraloría General de la Nación, anuncia por sí misma, la concepción que se consagra en la nueva Constitución, del control fiscal, separado, de manera rotunda, del anterior de la Carta de 1886, que lo involucraba en el proceso gerencial de la administración.

De donde se desprende que el texto constitucional posibilita la reorientación del control fiscal que, además de la protección del patrimonio público y la exactitud de las operaciones y de su legalidad, se deberá ocupar del “control de resultados”, que comprende las funciones destinadas a asegurar que los recursos económicos se utilicen de manera adecuada para garantizar los fines del Estado previstos en el artículo 2o. de la norma constitucional.

La función pública del control fiscal, fue atribuida a la Contraloría General de la República (art. 267), y, en los departamentos, distritos y municipios se adelantará por sus contralorías, y en caso de que la ley no determine autonomía del orden municipal en el control fiscal, la vigilancia de los municipios incumbe a las contralorías departamentales (art. 272 C.N.)

En la sentencia C-189 de 1998, la Corte Constitucional, con ocasión del estudio de constitucionalidad de varios artículos de la Ley 42 de 1993, re-dimensionó la prescripción constitucional de autonomía e independencia orgánica y la amplió a una visión funcional. Señaló:

[...] la Carta otorga no solo autonomía orgánica sino también unas funciones propias y específicas a las contralorías (CP arts 113, 119, 267 y 268), por lo cual es claro que estos órganos de control no hacen parte de la Rama Ejecutiva ni desarrollan, como actividad, principal tareas administrativas, como las que adelantan la administración central y las administraciones seccionales. Por ello, tal y como esta Corporación ya lo había señalado, la Constitución quiso “distinguir nítidamente la función propiamente administrativa del Ejecutivo de la función fiscalizadora de la Contraloría, pues consideró que la confusión de tales funciones comportaba efectos perjudiciales para la marcha del Estado”.

Esta tendencia es reconocida por el Consejo de Estado, que, tras una lectura sistemática, armónica y literalista, afirma que la categoría de función pública fue otorgada al control fiscal en el artículo 267, al precisar que se trata de una *función pública*, así:

[...] según lo consagra el artículo 113 la Constitución Política al decir: “Son Ramas del Poder Público, la Legislativa, la Ejecutiva y la Judicial” y que “Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de *las demás funciones del Estado*”. (Resalta la Sala). De allí que una actividad sea función pública si así aparece señalada o regulada en la Constitución Política como sucede en el artículo 267 frente al control fiscal y en el artículo 228 cuando reitera que “*La administración de justicia es función pública*” (Consejo de Estado, 2003, marzo 20, sent.).

Sin embargo, existen argumentos que niegan su independencia de la función administrativa, ya que esta se manifestaría en dos dimensiones: una activa, cuando la realizan los órganos de la rama ejecutiva y, otra pasiva, cuando ya no se trata de administrar los recursos sino de vigilar la legalidad, la gestión y los resultados de la actividad administrativa (Corte Constitucional, 1998, sent. C-189).

La teoría de la función administrativa pasiva es una distinción teórica que no afecta la especialidad del control fiscal, pues en ella reside el interés de conservar la tradicional división del poder público. De modo que los otros argumentos son los que definen o no la autonomía de la función, y en el caso del control fiscal hay un claro reconocimiento constitucional de esta calidad, sumado a las medidas que garantizan su autonomía orgánica y funcional.

No obstante, aunque la función de control fiscal es autónoma, toma la tradicional indumentaria de la función administrativa para cumplir su labor, pues sus decisiones unilaterales reciben la calificación de actos administrativos, además, en las actuaciones en las que no ejerce el control fiscal asume la función administrativa, por ejemplo: en materia contractual, manejo del personal, entre otras actividades.

En relación con la *función de control asignada al Ministerio Público*, no se encuentra una sola función sino múltiples tareas a cargo, pues el artículo 118 constitucional le asigna tres tareas principales: i) la guarda y promoción de los derechos humanos; ii) la protección del interés público; y, iii) la vi-

gilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas —artículo 277.6—. Esta última función se enmarca en la potestad punitiva o sancionadora del Estado y justifica su autonomía; por ende, para comprender su alcance se analizarán los argumentos a favor y en contra de su independencia de la función administrativa.

A favor de su independencia se encuentra, en primer lugar, la ubicación del Ministerio Público dentro de los órganos de control; por tanto, autónomos e independientes de las demás ramas del poder público, carácter que se fortalece por su regulación en el título X, a diferencia de la función administrativa que se regula en el título VII de la Carta constitucional.

En segundo lugar, aunque constitucionalmente no se calificó como una *función* pública, a nivel legislativo sí. La Ley 200 de 1995 consagró la noción de *función disciplinaria* al incluir dentro de su ejercicio el control interno disciplinario, al establecer la competencia oficiosa de los procedimientos y al prescribir la dirección de esta función al jefe o representante del organismo público correspondiente —artículos 49, 76 y 78—. La Ley 734 de 2002 acogió esta acepción para incluir el *control disciplinario interno* —artículo 77— y al definir la titularidad para sancionar la temeridad de una queja disciplinaria —parágrafo 2, artículo 150—. El Código General Disciplinario, Ley 1952 de 2019, también adoptó esta acepción para calificar el *control disciplinario interno* —artículo 94— y para cualificar las competencias disciplinarias para los funcionarios de la rama judicial como *función jurisdiccional disciplinaria* —artículo 239—.

En esta tendencia, se advierte que en ninguna de estas leyes el ejercicio de la actividad disciplinaria se calificó como función administrativa, en cambio se concibe como *una garantía de la función pública* e incluso se denominó como *potestad disciplinaria* —artículo 2 de la Ley 1952 de 2019—.

En tercer lugar, el control disciplinario se establece como un mecanismo especial e independiente de cualquier otro, así se deriva del artículo 2 de la Ley 734 de 2002 y ahora del inciso 3 del artículo 2 de la Ley 1952 de 2019 que prescribe: “La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta”.

En cuarto lugar, su titularidad no es para la rama ejecutiva o para la administración concebida en términos generales sino para los miembros del Ministerio Público, específicamente, la Procuraduría General de la Nación,

las Personerías, las oficinas de control disciplinario interno y, finalmente, para los funcionarios con *potestad disciplinaria* de las ramas, órganos y entidades del Estado. Por ello, solo excepcionalmente algunos funcionarios de las otras ramas —incluyendo la administrativa— ejercen esta función. Esta situación que en principio indicaría falta de autonomía e independencia, no la desacredita, al constituir una manifestación de la colaboración armónica de las ramas y órganos del poder público.

En quinto lugar, la Corte Constitucional la califica como *función disciplinaria desconcentrada*. En la sentencia C-484 de 2000 señala que esta función se atribuye en forma prevalente a la Procuraduría General de la Nación y busca garantizar la correcta marcha y el buen nombre de lo público, juzgando a los servidores públicos frente a las normas administrativas destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad estatal. Adicionalmente, no ve en sus titulares una dificultad para asignarle la calificación de función disciplinaria, por supuesto, *desconcentrada*.²

En sexto lugar, la función administrativa y la función disciplinaria se regulan en diferentes estatutos, Ley 489 de 1998 y Ley 1952 de 2019, Código General Disciplinario —antes la Ley 200 de 1994 y la Ley 734 de 2002, como el Código Único Disciplinario—; y la primera no reguló aspectos de la materia, salvo para excluir las funciones de control disciplinario interno del Sistema Nacional de Control Interno.

En contra de la independencia de la función disciplinaria se encuentra, en primer lugar, que la Constitución no califica expresamente esta actividad como *función pública*, condición *sine qua non* para el reconocimiento de esta autonomía por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Luego, ante su ausencia procedería negar su calidad de *función pública*. Sin embargo, este argumento es bastante formalista e insuficiente para negar su independencia.

Asimismo, en la práctica cada función conlleva, en cierto grado, una autonomía orgánica por el funcionamiento separado de sus órganos. Así, los órganos de control fiscal no tienen una adscripción en el seno de la Administración, mientras, en varios casos, quienes ejercen el control disciplinario se encuentran dentro de la propia Administración, como parte

2 Reiterada en las sentencias C-996 de 2001 y C-634 de 2014 de la Corte Constitucional.

de ella y dependiendo de ella; es lo que sucede con las oficinas de control disciplinario interno —artículo 93 de la Ley 1952 de 2019—.

Y también, podría afirmarse que existe una *tendencia* a negar su independencia, pues aunque está bajo la titularidad de un órgano autónomo como el Ministerio Público, esta calidad no demerita su naturaleza administrativa y existen múltiples órganos autónomos y, por ello, no ejercen una función distinta.

Con fundamento en estos argumentos, se concluye que la *función disciplinaria* es independiente de la función administrativa, o, tiene una fuerte tendencia a serlo porque existen argumentos sólidos para defender su autonomía e independencia y los argumentos en contra son fácilmente superables, ya que: i) la ley y la jurisprudencia sí reconocen esta actividad como una función pública, condición que se corresponde con la tesis sistemática y literal del Consejo de Estado y la Corte Constitucional para otorgar este estatus; ii) la dispersión de titulares y su pertenencia contingente a la Administración no desvirtúa su independencia por constituir una manifestación de la colaboración armónica entre las ramas del poder público, y iii) porque tiene regulación, principios y una dinámica especial.

Finalmente, se advierte que *el control fiscal y el disciplinario* tienden a ser funciones públicas autónomas e independientes de la función administrativa, pues aunque históricamente representaban ámbitos de esta función, bajo las potestades del derecho administrativo sancionador, estas actividades por su especialidad de fines, principios, objetivos, regulación y, especialmente, por su ejercicio por órganos autónomos e independientes de la Administración, pueden considerarse en la actualidad como *funciones públicas independientes*.

Por supuesto, no se excluye el uso de los instrumentos de la acción administrativa, como son los actos administrativos —estos no son exclusivos de la función administrativa— ni el ejercicio de la función administrativa —ejemplo: en lo relativo a la organización interna—; en consecuencia, cuando una actividad no tenga por objeto directo la función judicial, legislativa, de control fiscal o disciplinario, constituye ejercicio de función administrativa.

b) La función electoral y la función administrativa

La Carta constitucional incluyó dentro de los organismos autónomos a la organización electoral —artículo 120—, conformada por el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil, asignándoles como funciones la organización de las elecciones, su dirección y vigilancia y lo relativo a la identidad de las personas. ¿Son estas funciones, como los órganos que las tienen a cargo, autónomas e independientes de la función administrativa?

Antes de esbozar esta problemática, se itera que la distinción entre funciones es *convencional* y en ausencia de una calificación legal sobre la naturaleza de las denominadas *funciones electorales* se han presentado posiciones que abogan por su independencia. Con todo, se deben precisar algunas particularidades de esta función y perspectiva funcional dada por la Corte Constitucional.

La noción de *función electoral* no es unívoca; se consagró en la Constitución Política de 1886 como sinónimo de *sufragio* y, por ende, se condicionó su ejercicio a la calidad de ciudadano —“la calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa indispensable para ejercer *funciones electorales*”—, en cambio, la Constitución de 1991 incorporó, por un lado, la noción de *función del sufragio* y, por otro, la noción de *función electoral* como una temática objeto de regulación mediante ley estatutaria —artículo 152—.

Además, la Corte Constitucional analiza esta función desde una doble perspectiva: *desde el ciudadano* como la posibilidad de participar en la gestión pública mediante el sufragio y los mecanismos de participación ciudadana (1994, sent. C-145), manifestación de los derechos fundamentales, específicamente de carácter político, y desde las *autoridades públicas*, como las tareas, funciones y actividades dirigidas a la protección de aquellos.

La Corte Constitucional afirma que esta función en las sociedades actuales es la *expresión orgánica del principio democrático* porque articula la soberanía del pueblo al constituir los órganos estatales, por ello se califica como *función pública* pero no estatal, ya que los ciudadanos la ejercen con fundamento en derechos propios y no en nombre del Estado. En efecto, señala, que “de admitirse el carácter puramente estatal de la función electoral, los ciudadanos se convertirían en agentes pasivos del poder estatal

y no en fuente soberana del mismo, tesis incompatible con el principio de soberanía popular consagrado en la Constitución (CP art. 3)” (1994, sent. C-145).

Con fundamento en lo dicho, podría afirmarse, sin dilucidaciones mayores, que la función electoral es diferente de la función administrativa, por la doble perspectiva, el carácter de derecho fundamental cuando está a cargo de los ciudadanos, y de la reserva de ley estatutaria. Sin embargo, *esta posición sería equivocada*, pues confunde las actividades de los particulares en la conformación del poder público con las funciones del poder público; no se niega que ambas reciben la denominación de *función electoral*, pero la que aquí interesa es aquella que es manifestación del poder público y se compagina con la segunda percepción de la Corte Constitucional —a cargo de las autoridades públicas—.

En este orden de ideas, existe una tendencia a la *independencia* de la función electoral por: i) sus fines, garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas en la conformación del poder público y, en general, las elecciones; ii) la autonomía e independencia orgánica frente a las demás autoridades y ramas del poder público; iii) la reserva de ley estatutaria para la reglamentación de la función electoral y sus órganos.³

Sin embargo, también se podría aducir su *falta de independencia* de la función administrativa por: i) la similitud de sus tareas a las actividades de policía administrativa y ii) porque dentro de las funciones electorales existen tareas típicamente administrativas, como reconocer personería jurídica a los partidos y movimientos políticos. La similitud se presenta ante la necesidad de delimitar la reserva de ley estatutaria, pues se evidencia que incorpora actividades de policía, inspección, vigilancia, e incluso normativas —reglamentaria—, entre otras que normalmente son funciones administrativas. En tal sentido, la Corte Constitucional señaló que “el ámbito de las funciones electorales tiene un objeto propio, que es el relativo a los

3 La Corte Constitucional señala que “la reserva de ley estatutaria se predica no sólo respecto de los elementos esenciales de las funciones electorales, sino también de los asuntos que ‘*tienen efectos determinantes en la dinámica electoral*’, [...] regla de la cual sólo estarían exceptuados los aspectos que fueran absolutamente *accesorios e instrumentales*” (2014, sent. C-256).

procedimientos mediante los cuales se *verifica* el ejercicio de los derechos políticos que asisten a los ciudadanos y se da curso a la democracia participativa (artículos 1, 40, 103 a 106, 258 a 263, 264, 265 y 266 C.P.)” (1996, sent. C-156).

Así las cosas, las funciones electorales parecen circunscribirse a una actividad de *verificación*, posición que encontraría respaldo en otras providencias de la alta Corte, donde se califica como *función policiva-electoral* (1994, sent. C-089) y corresponde con las funciones asignadas al Consejo Nacional Electoral, como son la regulación, la inspección, la vigilancia y el control de la actividad electoral, actividades propias del poder de policía del Estado.

Las autoridades electorales también tienen funciones que asumen con *exclusividad* y redimensionan su rol clásico de simple veedor de las elecciones, como la potestad reglamentaria y funciones que le atribuyen el status de *máxima autoridad electoral*, entre las cuales se destacan funciones propiamente administrativas como el reconocimiento de personería jurídica a los partidos y la distribución de recursos para la financiación de campañas —artículo 265—.

Por consiguiente, la función electoral es diferente de la administrativa, porque independientemente de la autonomía e independencia orgánica tiene: un contenido propio y específico; las funciones típicamente administrativas o similares a estas las asume con exclusividad, y la Carta constitucional la cualifica como función electoral, esta última condición que se corresponde con la tesis sistemática y literal del Consejo de Estado y la Corte Constitucional para otorgar este estatus a las actividades de los órganos autónomos e independientes.

Finalmente, se itera que aunque la función electoral tenga un ámbito funcional propio, su ejercicio no excluye el uso de los instrumentos de la acción administrativa como los actos administrativos, por ende, el juez de sus controversias es el contencioso administrativo. Tampoco excluye el ejercicio de la función administrativa en la organización interna, la contratación y la implementación del control interno; por consiguiente, cuando una actividad no tenga por objeto directo la función judicial, legislativa, de control fiscal o disciplinario, o electoral constituye ejercicio de función administrativa.

1.4.4. La función administrativa y el ejercicio de actividades industriales, comerciales o mercantiles por parte del Estado

El Estado no solo desarrolla las funciones típicamente estatales ya referenciadas, sino que también se ocupa de otras actividades de carácter industrial, comercial o mercantil. Esta realidad se reconoce desde mediados del siglo xx, con manifestaciones concretas de intervención,⁴ y la Constitución lo señala en varias disposiciones, al referirse a la *descentralización por servicios* —artículo 210— y utilizar expresiones como *empresas industriales y comerciales del Estado* —artículos 115, 150 núm. 7, 154, 300 núm. 7, 305 núm. 5, 313 núm. 6, 315— y *sociedades de economía mixta* —artículos 150 núm.7, 300 núm. 7, 313 núm. 6—.

La participación del Estado en las actividades industriales y comerciales no es novedosa, ha sido una intervención paulatina conforme a los cambios y necesidades sociales. Dado que no son el objeto de este trabajo su justificación, génesis y desarrollo, estos tópicos se dejan a un lado, pues lo que importa es su calificación y naturaleza jurídica dentro del ámbito funcional del Estado, como titular preferente del poder público, para determinar si los particulares y el Estado cuando desarrollan conjuntamente estas actividades, ejercen o no funciones administrativas.

Conforme a lo anterior, frente a la calificación de las actividades industriales, comerciales y mercantiles del Estado, surge un gran interrogante: ¿Cuál es la naturaleza funcional de estas actividades? En esta pregunta subyace un problema ideológico, político y jurídico mayor, pues la respuesta supone la adopción de un rol del Estado, una determinada visión económica sobre su papel como agente e interventor y, además, establecer si el régimen jurídico aplicable es el privado o el público.

En este sentido, se advertirán razones a favor y en contra de incluirlas dentro de la función administrativa, teniendo en cuenta que en medio de la complejidad del asunto, se considera que el Estado cuando ejerce actividades industriales o comerciales, ejerce función administrativa, aunque

4 Tafur Galvis (1993, p. 114) advierte que en la década de 1920 surgieron entidades de carácter empresarial como la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, el Banco Central Hipotecario; en la década de 1940, el Instituto de Fomento Industrial, la empresa Siderúrgica Nacional de Paz del Río, la sociedad Hotel San Diego; en la década de 1950, el Banco Popular, la Empresa Colombiana de Petróleos, el Banco Cafetero, la Industria Militar, el Banco Ganadero y la Empresa de Puertos de Colombia.

se configura como una función más dinámica, flexible y dúctil, pues los principios y fines que guían la actividad estatal son transversales a todas sus actuaciones, independientemente de su régimen jurídico —derecho público o privado—.

Ahora bien, los argumentos que permiten llegar a esta conclusión se fundamentan en las diferencias entre los principios, fines y régimen de las actividades. Así, en primer lugar, estas actividades concretan la libertad, especialmente, económica y de empresa, mientras la función administrativa se fundamenta en competencias otorgadas por el ordenamiento jurídico. Por tanto, surgen dos hechos y posiciones consecuenciales: por un lado, cuando el Estado desarrolla tales actividades no ejerce función administrativa, pero se desnaturalizaría el mismo Estado, pues si este no sigue las competencias previstas por el ordenamiento jurídico, se estarían extralimitando en sus funciones; y por otro, el Estado sí desarrolla función administrativa pero sus actividades comerciales, industriales y demás encuentran fuertes limitantes en comparación con los particulares, presentándose, a su vez, dos alternativas: el ejercicio de una función administrativa tradicional, que conllevaría fuertes limitaciones; o una función administrativa especial, diferente, renovada y transformada, con menos límites y más libertad de actuación.

En segundo lugar, también se diferencian por la justificación, finalidades o móviles para su realización. Mientras en la función administrativa se debe actuar conforme a un fin de interés general, que debe ser explícito y objeto de control —político, social, disciplinario, fiscal, entre otros—, el particular puede tener cualquier interés, no lo tiene que explicitar, ni es objeto de control. Podría pensarse que el Estado puede actuar como el particular; sin embargo, como expresión del poder público, sus fines deben ser explícitos y controlables, de modo que, por la naturaleza del sujeto, la conclusión lógica es que en estas actividades el Estado desarrolla función administrativa.

Al respecto, se suma que las finalidades que preponderantemente justifican la intervención del Estado en tales actividades son: contrarrestar los fallos del mercado, lograr fines de redistribución o participar en un sector estratégico para los cometidos públicos, entre otros objetivos que en todo caso serán controlados.

En tercer lugar, las actividades mercantiles se sujetan a las reglas del mercado —oferta y demanda— y sus principios preponderantes —la eficien-

cia para *alcanzar el mayor beneficio al menor costo*— que son diferentes a los que gobiernan la función administrativa y la actividad estatal —la primacía del interés general y el respeto de los derechos fundamentales—. Cuando estas actividades están a cargo del Estado, incluso en concurrencia con particulares, no pueden desconocer los principios que orientan la dinámica estatal —del poder público— y deben compaginar su gestión empresarial con la gestión pública, en una simbiosis de principios, finalidades y funciones que no pueden pasar por alto la realización de los cometidos públicos. Por esta razón, la actividad del Estado, solo o en concurrencia con los particulares, seguirá siendo función administrativa.

En cuarto lugar, el mercado se caracteriza por asegurar unos principios mínimos a todos sus agentes para garantizar la competencia económica, de modo que estos tienen igualdad de derechos y deberes, al menos, formalmente. Ahora bien, las entidades estatales cuentan con prerrogativas del poder público y su uso es catalogado como ejercicio de funciones públicas, de modo que si pueden usar estas herramientas en el desarrollo de estas actividades ejercen función administrativa, pero si no pueden hacerlo surgirán fuertes indicios de que se trata de una función diferente. En efecto, surgen indicios y no conclusiones unívocas porque el ejercicio de la función administrativa no conlleva en todos los casos el uso de sus prerrogativas y hay casos donde se limita su uso, sin que lo uno u otro desnaturalice la función pública a cargo.

En quinto lugar, una cosa es el régimen jurídico y otra la función; son aspectos independientes y no se condicionan mutuamente. Puede existir función administrativa sujeta a algunas reglas del derecho privado y actividades típicamente privadas sujetas al derecho administrativo; en uno u otro caso, lo importante es que el régimen jurídico no desnaturaliza la función que se ejerce.⁵ Por consiguiente, el régimen jurídico no es un criterio esencial para calificar como función administrativa las actividades comerciales, industriales o mercantiles emprendidas por el Estado.⁶

5 Tafur Galvis (1993) señala que “mediante las empresas públicas el Estado opta por utilizar los cauces jurídicos de la actuación de los particulares y, básicamente, se sujeta a las reglas a ellos aplicables. Empero, es lo cierto que en esos supuestos el Estado no pierde su condición de tal, ni las empresas específicas su calidad de personas jurídicas que gestionan, en último análisis, los intereses del Estado” (p. 143).

6 En un sentido similar, Marín Cortés (2008, p. 214) señala que el régimen jurídico —público o privado— no define la función ni tiene correspondencia con ésta, y circunscribe la definición de aquel a un criterio de autoridad.

En sexto lugar, cuando el Estado interviene en el ejercicio de estas actividades se gestionan, administran y obtienen ganancias, que son recursos públicos. Por tanto, su inversión está sujeta a limitaciones y objetivos especiales, que no tendría si fuera un particular. El Estado no se puede desprender de estas limitaciones por ser expresión del poder público; aun cuando se afirme que puede actuar como un particular, surgen indicios de que estas actuaciones son manifestaciones de la función administrativa.

Adicionalmente, estas actividades en manos del Estado están sujetas a un control administrativo, político y fiscal, situación que no acontece cuando son ejercidas por un particular. Esto implica que a diferencia de los particulares, el Estado tiene limitaciones inherentes por los fines estatales y el respeto de los derechos fundamentales, de modo que no actúa de la misma manera que un particular porque la tarea no desnaturaliza al Estado, sus fines y funciones. Por estas razones, se puede concluir que cuando el Estado ejerce actividades mercantiles ejerce función administrativa.

Puede objetarse lo anterior argumentando la inconveniencia de establecer una dualidad de instituciones: para los particulares sería mercantil, mientras para el Estado sería función administrativa. Sin embargo, la función administrativa está conformada por un conjunto de actividades que no son exclusivas del Estado, sino que también las pueden ejercer los particulares, solo que al ser realizadas por el Estado y al ser expresión del poder público, constituyen el ejercicio de función administrativa. En otras palabras, la actividad mercantil es una y la función administrativa es otra, pero hay espacios en los que confluyen, como cuando las actividades mercantiles están a cargo del Estado, pues aquí se condicionan a la realización de finalidades de interés general directo o indirecto, por tanto, en estos casos el Estado ejerce la función administrativa.

1.5. Hacia una noción de función administrativa

Una noción de función administrativa constituye la tarea ardua y necesaria de cualquier administrativista, pues de ella depende la definición de su objeto de conocimiento. Su delimitación no carece de dificultades, sino que se ve permeada por múltiples circunstancias que han hecho inútil la simple noción de la teoría de la división de poderes, pues hoy la función administrativa no consiste solo en ejecutar la ley, sino que su ámbito de acción es más amplio y variado. Algunas de esas circunstancias se expli-

can desde las transformaciones del Estado, el modelo de Estado Social de Derecho y el protagonismo de las personas en este modelo de gobernanza. Esta dificultad es reconocida por la Corte Constitucional, quien afirma:

[...] el moderno concepto de Estado Social de Derecho apareja un insoslayable aumento del intervencionismo estatal, como mecanismo necesario para la realización efectiva de los derechos. Esta circunstancia supone que el concepto clásico de la función administrativa se vea reemplazado por otro más acorde con la nueva realidad jurídica y que, así mismo, la organización del Estado moderno responda a nuevos criterios. Las formas de organización actuales no son en manera alguna aquellas propias del llamado Estado gendarme, sino que corresponden más bien al concepto de Estado social servidor, e implican un movimiento tendiente hacia la descentralización administrativa y hacia nuevas formas de delegación y desconcentración en la administración centralizada (1999, sent. C-722).

El dinamismo y la transformación de la función administrativa es evidente y la necesidad de delimitarla es crucial, pues ejerce un papel protagónico dentro del derecho administrativo. Al respecto, en la academia clásica y en la contemporánea se han propuesto un sinnúmero de criterios, sin ser posible la captura definitiva de la esencia de esta función. Por ello se acoge mayoritariamente una concepción negativa o una noción mixta que, con sus elementos, más que precisar, describan esta función.

Al respecto, se puede concluir que la función administrativa no es igual a la función pública, aun cuando en muchos casos se asemejen; la función administrativa no es igual al servicio público, ni a la inversa, aun cuando en muchos casos coinciden; la función administrativa no incluye las funciones de control fiscal ni disciplinario ni electoral, aun cuando los titulares de estas en otros ámbitos sí ejercen la función administrativa; y, en relación con la actividad mercantil, cuando el Estado las ejerce cumple función administrativa.

Entonces, ¿qué es la función administrativa? Es la expresión del poder público que no constituye ninguna de las otras funciones estatales —legislativa, jurisdiccional, de control, electoral— y que a través de sus titulares —el Estado o de los particulares— tiene la tarea de realizar los cometidos estatales, por medio de múltiples y diversas actividades que implican la ejecución de la ley en sentido amplio.

1.6. Referencias bibliográficas

Ariño Ortiz, G. (2003). *Principios de Derecho Público Económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Aristóteles. (2005). *La Política*. Serie clásicos del pensamiento político. España: Istmo.

Bielsa, R. (1955). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: De Palma.

Brewer Carias, A. R. (2005). *Derecho Administrativo*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cajarville Peluffo, J. P. (2011) Hauriou, Duguit y la noción de servicio público en el derecho público uruguayo. *Ensayos de derecho público. En memoria de Maurice Hauriou*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Chahín Lizcano, G. (1998). *Elementos básicos del régimen constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios*. Bogotá: Empresa de Energía de Bogotá.

Consejo de Estado. (1999, agosto 5). Sección Tercera. Expediente ACU-798.

_____. (1999, noviembre 18). Expediente ACU-1016

_____. (2001, julio 26). Sección Tercera. Expediente ACU-356.

_____. (2003, marzo 20). Sección Primera. Expediente AG-065.

_____. (2003, agosto 15). Sección Tercera. Radicado 88001-23-31-000-2005-00004-01(AP).

_____. (2004, enero 22). Sección Quinta. Radicado 25000-23-25-000-2003-2034-01(ACU).

_____. (2004, febrero 19). Sección Quinta. Radicado 25000-23-25-000-2003-1843-01(ACU)

_____. (2005, febrero 17). Sección Tercera. Expediente 27.673.

_____. (2013, noviembre 21). Sección Tercera. Expediente 46.027

_____. (2014, febrero 12). Sección Tercera. Expediente 47.083.

Corte Constitucional. (1993). Sentencia C-534.

_____. (1994). Sentencia C-089.

_____. (1994). Sentencia C-145.

_____. (1995). Sentencia C-166.

_____. (1996). Sentencia C-156.

_____. (1998). Sentencia C-189.

_____. (1999). Sentencia C-113.

____. (1999). Sentencia C-722.

____. (2000). Sentencia C-660.

____. (2001). Sentencia C-558.

____. (2003). Sentencia C-037.

____. (2004). Sentencia C-305.

____. (2014). Sentencia C-256.

____. (2015). Sentencia C-103.

Dromi, R. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

Entrena Cuesta, R. (1965). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos.

Escola, H. J. (1990). *Compendio de Derecho Administrativo*. Vol. I. Buenos Aires: De Palma.

Fiorini, B. (1968). *Manual de Derecho Administrativo. Primera parte*. Buenos Aires: Ley.

Fraga, G. (2000). *Derecho administrativo*. 40.^a ed. México: Porrúa.

García de Enterría, E. y Fernández, T.R. (2008). *Curso de Derecho Administrativo*. 12.^a ed. Bogotá: Temis.

García Pelayo, M. (1995). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2.^a ed. Madrid: Alianza Universidad.

Garrido Falla, F. (1994). *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos.

Giannini, M. (1991). *El poder público. Estados y administraciones públicas*. Madrid: Civitas.

Giraldo Castaño, O. A. (2010). *Derecho Administrativo general*. 8.^a ed. Medellín: Señal.

Gordillo, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Tomo 8. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Hauriou, M. (1928). *Principios de derecho público y constitucional*. Madrid: Reus.

Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. 4.^a ed. Buenos Aires: Eudeba.

Laguna de Paz, J. C. (2011). Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación. *Revista de Administración Pública*, núm. 185, pp. 89-112.

Lares Martínez, E. (2001). *Manual de derecho administrativo*. 12.^a ed. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

Linares, J. F. (1975). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea.

- Loewenstein, K. (1986). *Teoría de la constitución*. Madrid: Ariel.
- Malagón Pinzón, M. A. (2007). *Vivir en policía*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Marienhoff, M. (2000). *Tratado de Derecho Administrativo*. 5.ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Marín Cortés, F. (2008). *Público y privado. Estudio sobre las transformaciones del derecho, del Estado y de la empresa*. Bogotá: Temis.
- Marín Cortés, F. (2010). *Los servicios semipúblicos*. Bogotá: Temis.
- Merkel, A. (2004). *Teoría general del Derecho Administrativo*. Granada: Comares.
- Molano López, M. R. (2005). *Transformación de la función administrativa*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Montesquieu, C.-L. (1984). *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Sarpe.
- Penagos, G. (2004). *Derecho Administrativo. Nuevas tendencias*. Tomo I. 5.ª ed. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Rodríguez, L. (2017). *Derecho Administrativo general y colombiano*. 20.ª ed. Bogotá: Temis.
- Santaella Quintero, H. (2011). Las prerrogativas públicas y la contractualización de las relaciones del Estado. Ensayo sobre la pervivencia de una idea cardinal dentro del pensamiento de Hauriou. *Ensayos de derecho público. En memoria de Maurice Hauriou*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santamaría Pastor, J. A. (2004). *Principios de Derecho Administrativo*. Vol. I. 3.ª ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2017). *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sarria, E. (1957). *Derecho administrativo*. Bogotá: Temis.
- Suárez Tamayo, D. (2010). Particulares que cumplen funciones administrativas en Colombia. *Letras Jurídicas*, vol. 15, núm. 2, pp. 15-98.
- Tafur Galvis, A. (1994). *Estudios de Derecho Público*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Vergara, H. D. (2009). La función administrativa: una mirada desde el derecho colectivo al acceso y eficiente prestación de los servicios públicos. *Revista Estudios de Derecho*, vol. 66, núm. 148, pp. 121-143. Disponible en <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/5209>
- Vidal Perdomo, J. (2008). *Derecho Administrativo*. 13.ª ed. Bogotá: Legis.
- Younes Moreno, D. (2012). *Derecho Administrativo Laboral*. 12.ª ed. Bogotá: Temis.

Antecedentes y fundamentos constitucionales de la función administrativa por particulares

Distinguida la función administrativa de las otras funciones del poder público, se estudiará el marco en el cual se ubican los particulares como titulares de esta función, sus manifestaciones clásicas, antecedentes en el derecho comparado y nacional, y fundamentos constitucionales. En este sentido, su ejercicio no constituye un mero dato, vacío e indiferente dentro de la organización del poder público, sino que es expresión de la organización política, social y económica en un momento determinado, en la que subyacen las bases de la gestión pública; por ello sus antecedentes y fundamentos permitirán comprender su alcance y proyección en la actualidad.

2.1. Nueva dimensión de lo público como marco de la función administrativa por particulares

La creciente intervención, colaboración y participación de los particulares no constituye una simple técnica instrumental de la democracia directa o participativa, sino una manifestación de un fenómeno de mayor trascendencia en el derecho, el poder público y el Estado contemporáneo, que revalúa la clásica ecuación público-estatal y las dicotomías público-privado y Estado-sociedad civil, para dar paso a una *nueva dimensión de lo público*, donde los particulares, antaño ajenos a la gestión pública, se convierten en protagonistas y titulares de la función pública.

Los fundamentos de este nuevo estadio no son de carácter teórico, sino histórico, político, social y económico, y justifican las transformaciones constitucionales contemporáneas, que solo se destacan en cuanto son causas de la génesis, expansión y proyección de la función administrativa por particulares; sobresaliendo como factores centrales: i) la revaluación de la soberanía estatal; ii) el cambio de la relación entre el Estado y la sociedad civil; iii) el papel activo de los particulares, ante la incapacidad del Estado para atender las complejidades sociales, y iv) la globalización y la revaluación del papel del Estado en la gestión pública.

Este nuevo estadio tiene como punto de partida la revaluación del pretendido monopolio de lo público en manos del Estado y su gestión como función preponderantemente administrativa a cargo del cuerpo ejecutivo. Este *dogma* se replantea en el ámbito interno del Estado, en cuanto a su organización y funciones, por la desmitificación del principio de separación de poderes; y, en el ámbito externo, donde los cambios políticos, sociales y económicos revalúan el rol del Estado y de la sociedad.

En esta última perspectiva, *lo público en manos del Estado* se revalúa por la presencia de los particulares como protagonistas, gestores y titulares de lo público, incluso en las tradicionales funciones estatales, planteándose una doble tendencia: privatización de lo público y publicitación de lo privado (Bobbio, 2006, p. 14). En consecuencia, se ha propiciado un fenómeno global con múltiples calificativos, generales como nuevo orden privado institucional (Saasen, 2010, p. 106), desnacionalización (p. 103), modernización del Estado (Tafur Galvis, 1993), privatización, *public private complex* o complejo público privado (García Pelayo, 1995, p. 25), *new public administration* (Cassese, 1994, p. 189), paraestatalidad (Marienhoff, 2000, p. 229), lo público no estatal (Dromi, 1998, p. 605; Marienhoff, 2000, p. 228); y otros más específicos como tercer sector (Tafur Galvis, 1993, p. 20) o tercera vía (Penagos, 2004, p. 52) y administración alterna o paralela de lo público (Marín Cortés, 2008, p. 195).

El concepto *público* es polisémico y vago. Tras él se destacan acepciones como lo común a todos,¹ el poder público y la soberanía, significados que evidencian que el pretendido monopolio de la gestión pública no ha sido

1 En el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra *público* considera ocho acepciones que tienen como tópico común lo perteneciente a todos y la oposición a lo privado.

exclusivo del Estado, situación que se advierte en las primeras concepciones del Estado, hasta la actualidad, aunque ahora con mayor ímpetu.

Desde antaño se advierte la colaboración de los particulares en la satisfacción de las necesidades colectivas, pero ideológicamente esta situación era irrelevante por considerarse que el Estado propendía por el interés general, mientras los particulares buscaban el interés personal, individual y privado. Sin embargo, lo natural, desde una perspectiva histórica, es que todas las actividades que realizan el interés general son connaturalmente privadas; la excepción es que estén a cargo del Estado, pues la estatalidad de las actividades es contingente y depende de las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Tomás Ramón Fernández (1972) en uno de los primeros estudios de la función administrativa por particulares precisa que

la Administración no ha tenido nunca el monopolio de la satisfacción de las necesidades colectivas. Toda la historia del Derecho Administrativo es la historia de un proceso progresivo de *publicatio* de actividades, es decir, de asunción formal por la Administración de nuevas responsabilidades y nuevas funciones, antes gestionadas por los particulares, en régimen naturalmente privado, a través de los títulos más diversos, creados *ex novo* o reconvertidos al efecto, al calor de las circunstancias del momento (p. 23).

En tal sentido, la participación de los particulares en la gestión pública no es una novedad ni algo excepcional, es una manifestación connatural en la sociedad, que tiende a expandirse, pues el crecimiento de lo público trasciende la institucionalidad estatal y la desborda, de modo que el poder público se replantea desde un punto de vista funcional, en sus medios, instrumentos y titularidad, para desarrollar los fines estatales o del poder público.

Esta nueva dimensión de lo público no solo tiene como presupuesto *la mutación de los titulares de lo público*, sino también *la crisis de la noción de público y su redefinición*, que atiende no solo a las actividades calificadas de interés general o al sujeto prestador, sino que tiene en cuenta a sus destinatarios —la comunidad—, de modo que lo *público* es lo común a todos.

En este sentido, la incursión de los particulares en lo público se presenta bajo “una perspectiva material y otra institucionalizada por el poder

público”, que hacen que el “Estado mude de piel” (Marín Cortés, 2008, p. 153). En la *perspectiva material*, los particulares y las empresas privadas desarrollan tareas semejantes a la organización pública estatal, pero sin pertenecer a su estructura y sin el ropaje de la institucionalidad pública, fenómeno calificado como la “administración alterna o paralela” (p. 195). Paralela, porque también gestiona lo público, y alterna, porque se desarrolla fuera de la institucionalidad: en el ámbito social como espacio de participación en las organizaciones sin ánimo de lucro, el control y la democracia directa; y en el *económico*, con la provisión de bienes y servicios colectivos con fines de lucro.

En la *perspectiva institucional*, los particulares gestionan lo público conforme a los medios configurados y controlados por el Estado, como la gestión pública por los particulares mediante la participación, la colaboración convencional y el ejercicio de la *función administrativa*.

Aunque las dos perspectivas —material e institucional— ofrecen una lectura de este tópico en el derecho administrativo contemporáneo, si bien se toma una perspectiva funcional —el objeto de este trabajo es la *función administrativa*, pero desarrollada por particulares—, se deja atrás el énfasis material y se adopta la segunda perspectiva, por delimitar y contextualizar nuestro objeto como un fenómeno institucional, configurado y promovido por el Estado, especialmente porque en la actualidad existe una tendencia hacia un *Estado administrador*, con un amplio número de tareas que le exige reevaluar sus instrumentos, entre ellos los titulares de la función administrativa.

2.2. Manifestaciones clásicas del ejercicio de la función administrativa por particulares

La formulación clásica de la gestión pública por particulares se remonta al contexto liberal y a la formación de los estados modernos, aun cuando existen antecedentes más antiguos; verbigracia, el cobrador de impuestos, los *collegia* y *solidates* en el derecho romano (Parada, 2005, p. 337); en Grecia el denominado publicano, *ager publicani* o los *publici* (Giannini, 1991, p. 38) y los notarios.²

2 Sainz Moreno (1983) señala: “La función notarial es muy anterior a la actual configuración del Estado [...]. La figura del notario se ha forjado a lo largo de la historia adquiriendo una entidad propia, cuyo perfil no es una creación del poder público,

Con la formación del Estado moderno, como ente soberano que concentró el poder público, la intervención de los particulares en las actividades públicas se invisibilizó porque se desarrollaba fuera de la institucionalidad. Esta diferencia es un rezago del sistema feudal, donde la descentralización del poder político dejó en manos de las autoridades locales la satisfacción de las necesidades colectivas y las denominadas *actividades de interés general*, como tareas privadas. Solo con el fortalecimiento del Estado-Nación y el convencimiento de que “el Estado puede y debe ocuparse de cualquier cosa que afecte al bienestar de los ciudadanos” (Giannini, 1991, p. 45), empieza el proceso de *publicitación* de las actividades que desarrollaban un *interés público*.

En el Estado Liberal, con el abstencionismo estatal tampoco sobresalió este fenómeno; pero, por su limitado número de tareas, se expandieron las actividades de interés general en manos de particulares como *actividades privadas*. Luego, con la asunción de los servicios públicos como fundamento y límite del Estado, las actividades de la Administración se multiplicaron, y se visibilizó la participación activa de los particulares en la gestión pública, en una tendencia creciente en forma directamente proporcional al aumento de la actividad estatal.

En este contexto surgieron varias formas de participación, colaboración e intervención pública de los particulares, que sin ser ejercicio de la función administrativa, son los antecedentes de su configuración. Se presentaron figuras calificadas por la doctrina como *colaboración voluntaria y obligatoria*, intervención en la *actividad paralela*, *participación voluntaria u obligatoria en el servicio*, *injerencia* en la prestación de los servicios públicos, *descentralización administrativa funcional* y la *concesión*.

Con las nociones *colaboración voluntaria y forzada*, Gastón Jèze (1949, p. 163) identificó la participación de los particulares como necesaria y útil para asegurar el funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos. En la *colaboración voluntaria* identificó los contratos de suministros y de obras públicas, la concesión de servicio público, el ofrecimiento de colaboración, el enganche militar voluntario, la aceptación de funciones públicas, las promesas de colaboración, mediante subvenciones en dinero o en

sino el resultado del ejercicio de una profesión a lo largo del tiempo. El Estado ha incorporado a su organización la actividad profesional de los notarios, asumiéndola en parte, pero respetando su peculiaridad histórica” (p. 1718).

especie, e incluso, la realización de *tareas paralelas* en materia de asistencia y con establecimientos caritativos. Frente a la *colaboración forzosa*, señaló que no existe servicio público sin ella, e identificó la expropiación por motivos de utilidad pública, el impuesto, la tasa, la conscripción militar, la requisición de servicios personales, la función pública obligatoria (jurado criminal, jurado de expropiación) y el testimonio judicial, entre otros.

Las categorías de la *actividad paralela*, *participación* e *injerencia* son atribuidas a la clásica obra de Bernard Geny, *La collaboration des particuliers avec l'Administration* (1930), las cuales se utilizan para cualificar la posición activa de los particulares en la prestación de los servicios públicos (*cf.* Escola, 1990, p. 457; Marienhoff, 2000, p. 77). La *actividad paralela* es la prestación por cuenta y riesgo del particular de actividades que el Estado ya tomó a su cargo —servicios de salud y enseñanza—; por *injerencia* se entiende la realización de una actividad que beneficia a la Administración en cuanto tiende a la satisfacción de intereses generales, en nombre de la misma, sin integrarla y sin tener título válido para ello —se explica como un cuasi-contrato administrativo—; por *participación*, coincide con los mismos supuestos de Jezè, en voluntaria y obligatoria, incluyendo en algunos casos la concesión y el ejercicio privado de potestades o funciones públicas.

La *actividad paralela* presenta gran ambigüedad en su formulación. Por una parte, se entendía como actividad de interés general desarrollada por particulares; por otro lado, como el ejercicio privado de una actividad que le correspondía al Estado (Marienhoff, 2000, p. 77), siendo en múltiples casos el ejercicio de una función pública (Escola, 1990, p. 456). Por consiguiente, se prohibía su desarrollo sin la anuencia del Estado, para no desvirtuar y resquebrajar su concepción unitaria, estableciéndose así la necesidad de *autorización previa* y un fuerte régimen de control y vigilancia (Fraga, 2000, p. 14; Marienhoff, 2000, p. 78). Incluso, la doctrina la califica como colaboración por descentralización (Marienhoff, *ibídem*).

La diferencia entre la actividad paralela —de interés general— y la pública reside en la asunción estatal de ese ámbito *como propio*. Por eso, la gran publicitación de actividades en el Estado Social de Derecho genera un crecimiento de las actividades paralelas, que justifican el surgimiento de la “Administración alterna o paralela de lo público” (Marín Cortés, 2008, p. 153) o múltiples “administraciones paralelas” (Giannini, 1991, p. 23) a niveles internacional, supraestatal y regional, movimientos políticos y

asociaciones profesionales, entre otras, que en la mayoría de casos ejercen funciones administrativas.

Las categorías que califican la actividad de los particulares como forma de *descentralización* las propone León Duguit (1975, p. 40), al identificar los tipos de descentralización como regional, patrimonial, funcional y de concesión, las últimas dos con intervención de los particulares, de modo que se entendía que constituían el ejercicio de función administrativa por particulares (Fraga, 2000, p. 201), hasta el punto que posteriormente esta se denominó *descentralización por colaboración*.

Estas categorías clásicas caracterizadas por su ambigüedad y uso indistinto constituyen los primeros marcos conceptuales en los cuales se organiza, ilustra y contextualiza el desarrollo de la función administrativa por particulares, sus modalidades e implicaciones en las transformaciones de la gestión pública.

2.3. Antecedentes de la función administrativa por particulares en el derecho comparado

La función administrativa ejercida por particulares se caracteriza por ser un fenómeno casuístico, que se expandió e intensificó en el siglo xx. En el ámbito internacional se destacan los casos de Francia, Italia y España, por pertenecer al derecho administrativo continental, formular las categorías teóricas más influyentes en esta materia y porque en ellos existe un crecimiento exponencial de este fenómeno. Estos referentes tienen antecedentes comunes: los rezagos de la estructura medieval que fundamentan su surgimiento y expansión (Parada, 2005, p. 337); y que han resurgido tras el movimiento anticorporativista del Estado liberal, con la tendencia corporativista del periodo de entreguerras mundiales.

En Francia el régimen de la actuación y el juez de las controversias fueron los elementos esenciales y distintivos del reconocimiento de este fenómeno, en las controversias derivadas del ejercicio de potestades exorbitantes (adhesión obligatoria de miembros, imposición de contribuciones, sanciones y competencias expropiatorias) reconocidas legalmente a las asociaciones y corporaciones de carácter privado que gestionan intereses públicos y *servicios públicos* por constituir establecimientos públicos y por medio de la concesión. Este reconocimiento estuvo a cargo del Tribunal de Con-

flictos Francés, en el *arret* del *Association Syndicale du Canal de Gignac*, de 9 de diciembre de 1899³ y en el Consejo de Estado en el fallo *Bouguen* y el fallo *Monpeurt*, del 31 de julio de 1942.⁴

En Italia se destaca el ejercicio de funciones administrativas por particulares en manos de personas naturales a partir del ejercicio profesional, ejercicio privado de actividades públicas y/o cumplimiento de deberes de colaboración cívica, como los notarios; y, en manos de las personas jurídicas, corporaciones, empresas, etc., donde el fenómeno se ha extendido y se impulsa por el mismo Estado como una estrategia de intervención pública.

En este sentido, se han utilizado calificativos como “ejercicio privado de actividades públicas y deberes de colaboración cívica” de Zanobini (citado en Giardini, 2010, p. 427); las teorías de la sustitución de la Administración (Giannini, 1991, p. 187), de los “sujetos auxiliares de la Administración Pública” de Renato Alessi (citado en Giannini, 1991, p. 187), del *munus* público de Giannini (1991), bajo la cual un sujeto —natural o jurídico— con base en una norma recibe la misión de estar al cuidado o ejercer una función que interesa a los demás (p. 144). Y, en los últimos años, bajo la rúbrica de *esternalizzazioni* (Maltoni, 2005),⁵ o externalización de las funciones públicas a sujetos privados como estrategia del Estado para desarrollar sus cometidos, sin necesidad de tener una organización pública (Gardini, 2010, pp. 429-430). La expansión de este fenómeno es tan grande que la doctrina afirma que “no parece que exista un límite a la atribución de funciones públicas a organismos privados” (Cassese, 1994, p. 192).⁶

3 El Tribunal de Conflictos estableció que los tribunales ordinarios no pueden ejecutar los bienes de estas instituciones *privadas*, por considerarlas establecimientos públicos y, por tanto, integrantes de la Administración.

4 En Francia en 1940 se crearon las Comisiones de Organización Industrial —organizaciones privadas profesionales—, de adhesión obligatoria, dedicadas a la regulación y el trabajo coordinado de los diferentes sectores económicos. En este caso la industria vidriera —un particular— negó la autorización para la puesta en funcionamiento de un horno a una de las tres grandes empresas del sector y al demandarse la decisión, el Consejo de Estado admitió la demanda.

5 Como estrategia del nuevo modelo de administración, el Departamento de la Función Pública de Italia destaca el manual *L'esternalizzazione strategica nelle amministrazioni pubbliche* (2006).

6 Cassese (1994, p. 188) destaca que este fenómeno también es común y creciente en Estados Unidos, donde se califica como *new public administration* (nueva administración

En España, el surgimiento y desarrollo de esta función en manos de particulares se realiza bajo las categorías conceptuales de *autoadministración* (Fernández Rodríguez, 1972), *administración corporativa* (Ariño Ortiz, 1973, pp. 27-72; Parada, 2005, p. 33; Sainz Moreno, 1983, pp. 1699-1783), *administración impropia* (Santamaría Pastor, 1995, p. 460), *institucional* (Ariño Ortiz, 1970, p. 90; 1973, pp. 27-72) e *indirecta* (Garrido Falla, 1950), y como *descentralización funcional, institucional* (Ariño Ortiz, 1970) o por *colaboración* (Fernández García, 2005). Esta última categoría ha tenido un gran auge después de la Constitución Española de 1978, que expandió los supuestos de ejercicio de funciones públicas por particulares como manifestación del principio de *participación en la gestión pública* (García de Enterría y Fernández, 2008, p. 71).

En estos términos, en el derecho comparado se evidencia una tendencia creciente de la función administrativa por particulares, que se consolida bajo las ideas de participación, colaboración y gestión pública en manos de los particulares, que también se extienden al caso colombiano.

2.4. Antecedentes de la función administrativa por particulares en Colombia

El ejercicio de la función administrativa por particulares ha surgido en Colombia de manera paulatina y con múltiples manifestaciones, que permiten identificar tres etapas en su desarrollo: la primera, caracterizada por manifestaciones dispersas, regulación confusa y la participación difusa de los particulares en entidades mixtas, actividades de interés general y servicios públicos; la segunda, por su reconocimiento normativo; y, la tercera, por su reconocimiento constitucional y expansión.

En la primera etapa, las primeras manifestaciones de la función administrativa por particulares surgieron a finales del siglo XIX y principios del XX, en un contexto caracterizado por la maraña de casos dispersos, naturalezas confusas y ausencia de reconocimiento normativo, donde se

pública), *twilight zones* (zonas confusas), confines inciertos y elusivos entre público y privado, *quasi-public organizations* (organizaciones casi-públicas), *fringe bodies* (instituciones de frontera), *third party government* (administraciones mediante terceros) y *government by contract* (administración por contrato).

encuentra como supuesto más antiguo la actividad notarial⁷, seguida de la educación a cargo de los particulares y de la Iglesia. La Constitución de 1886, con la reforma constitucional de 1968, reconoció la participación de los particulares en actividades públicas, como la beneficencia y la instrucción pública, pues se asignó al Estado el fomento de las instituciones útiles o benéficas —artículo 76.20— y la vigilancia de los institutos privados encargados de la enseñanza —artículo 41— y de las instituciones de utilidad común —artículo 120.19—.

Esta reforma también organizó los fundamentos de la descentralización por servicios⁸ y dictó los mandatos para crear, organizar y coordinar las actividades de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta. Así, surge uno de los primeros mecanismos institucionales para la inclusión de los particulares en lo público, las sociedades de economía mixta —artículos 76.10, 187.6 y 197.4—.

Por otro lado, a finales del siglo XIX, los particulares también se dedicaron a actividades de interés general, bajo la figura de las fundaciones u organizaciones privadas como los establecimientos de beneficencia⁹ y los establecimientos de instrucción pública,¹⁰ estos últimos reconocidos por la Ley 153 de 1887¹¹ y por otros instrumentos jurídicos encargados de regular la vigilancia de las instituciones de utilidad común como las juntas de beneficencia, loterías y Cruz Roja, entidades privadas que desarrollan servicios y que, sin ser de la Nación, son de notoria utilidad pública —Ley 93 de 1938—.

7 Hay referencias desde el descubrimiento de América bajo la noción de *escribanos*, *escribanos de las Indias*, *escribanos públicos*. Su primer estatuto es la Ley 3 de 1852 que eliminó la figura de los *escribanos* y reguló el oficio de los notarios.

8 Tafur Galvis (1969, p. 10) afirma que antes de la reforma constitucional de 1968, se dudaba de la existencia de los establecimientos públicos.

9 Edmond Champeau y Antonio José Uribe (1989) señalaban que “Las fundaciones son los establecimientos de beneficencia que, como los hospitales, se erigen o fundan para el bien público, creándoles rentas y dándoles estatutos para que subsistan y se conserven” (pp. 597-598).

10 Los establecimientos de instrucción estaban a cargo de los particulares y de la Iglesia, especialmente de esta última en materia de educación, la cual se empieza a secularizar en el periodo liberal (1863-1880).

11 El artículo 80 de la Ley 153 de 1887 les reconoce personería jurídica a la Nación, los departamentos, los municipios y las corporaciones creadas o reconocidas por la ley.

Se destaca que en materia de instrucción o educación, los particulares han tenido un papel sumamente activo y notorio. La Constitución Política de 1886 dispuso que la *educación pública* fuera organizada y dirigida en concordancia con la religión católica —artículo 41— y en el Concordato suscrito en 1887 se consolidó el papel predominante de la Iglesia, al establecerse el derecho de fundar, organizar y dirigir centros de educación en cualquier nivel, especialidad y rama de la enseñanza, sin menoscabo de la inspección y vigilancia que, se dispuso, “corresponden al Estado”; también se consagró la financiación pública para el sostenimiento de los planteles católicos, y se prescribió que en las zonas marginadas, la Iglesia colaboraría en el sector de la educación oficial, mediante contratos para desarrollar los programas oficiales (artículos X, XI y XIII). Por consiguiente, un amplio sector de la educación primaria y secundaria estuvo confiado a órdenes religiosas, y en la formación profesional surgieron múltiples instituciones privadas.

En este periodo, se crearon supuestos destacados de particulares con funciones administrativas como la Federación Nacional de Cafeteros, las cámaras de comercio e, incluso, casos controvertidos como el Banco de la República. La Federación Nacional de Cafeteros se creó tras el Segundo Congreso Nacional de Productores de Café, como entidad privada, una asociación de comerciantes sin ánimo de lucro, a la cual, por medio de la Ley 76 de 1927, se le dio autoridad para el recaudo, la administración y la inversión del impuesto a la producción del café, y cuya vigencia y destinación se condicionó a la suscripción de un contrato entre el Estado y la Federación Nacional de Cafeteros.

Las cámaras de comercio se crearon antes del siglo xx —la de Cundinamarca se creó por la Ley 27 de 1877—, pero recibieron por primera vez funciones públicas en la Ley 28 de 1938, que les delegó la función de administrar el registro público mercantil. El Código de Comercio reiteró estas funciones y las calificó como instituciones de orden legal con personería jurídica —artículos 27 y 78—. Podría argüirse que, por su calificación, son personas públicas, pero realmente se configuraron como instituciones particulares a las cuales se les asignó funciones administrativas.

Por otra parte, el Banco de la República se reguló en la Ley 25 de 1923 como *banco central del Estado* y se caracterizó, hasta mediados del siglo xx, por las fuertes discusiones sobre su naturaleza jurídica como estableci-

miento público, entidad *cuasi pública*¹² y entidad de derecho privado. Esta discusión surgió porque se creó como sociedad anónima con aportes del Gobierno, bancos comerciales —nacionales y extranjeros— y particulares; además, se ocupó, de forma exclusiva, de una tarea pública de especial relevancia: la emisión de la moneda.

Antes esta tarea estaba descentralizada y a cargo de bancos privados (Valencia Barrera, 1998), como los de Bogotá (1871), Antioquia y Santander (1872), Barranquilla (1873), Colombia (1875) y del Estado (1884), tarea que luego se concentró en el Banco Central de Colombia —sujeto particular— (Meisel Roca, 1990) y luego en el Banco de la República. Antes del último, el atributo de emisión de la moneda se abordó como una función de carácter fiscal delegada por el Gobierno en una institución privada, que por primera vez se centralizó con la fundación del Banco Central de Colombia —particular—, y la suscripción de un contrato con el Gobierno Nacional, con la autorización del Decreto Legislativo 47 de 1905. Posteriormente, en 1923 esta función se conservó y se centralizó en el Banco de la República.

En este sentido, en la exposición de motivos de la Ley 25 de 1923, la misión Kemmerer negó su naturaleza privada y reconoció que era algo más, una institución de carácter *cuasi pública*, pero no por su conformación eminentemente privada, sino por su función:

El Banco Central es, como quiera que se le mire, una institución *cuasi pública*, y aunque tenga otras funciones que llenar, su misión principal consiste en defender el patrón de valores y conservar los intereses financieros de la comunidad. Un banco que tenga exclusivamente el privilegio de emitir billetes, que maneje el fuerte de las reservas de oro del país, que actúe como depositario principal y agente fiscal del Gobierno, y que regule la tasa oficial de descuento en el país, *es más que una institución privada y más que un banco de banqueros. Es un depositario de la confianza pública, con una gran responsabilidad ante el país, y debe por tanto, administrarse teniendo en mira, en primer término, no la utilidad, sino el servicio público.*

La emisión de la moneda estuvo a cargo en múltiples ocasiones de entes privados, que podrían denominarse *particulares* en ejercicio de función administrativa. Esta función y las otras funciones monetarias bajo la

12 Esta calificación fue atribuida por el artículo 4 de la Ley 82 de 1931 y justificó la intervención directiva del poder ejecutivo (Sarria, 1957, p. 182).

connotación de que debían dirigirse por el Estado generaron el rechazo de la naturaleza privada del Banco y justificaron su calificación como *establecimiento público*.¹³

Posteriormente, la reforma administrativa de los Decretos Ley 1050 y 3130 de 1968 estableció un marco de unión e intervención conjunta entre el Estado y los particulares. Así, a los establecimientos públicos los dotó de las prerrogativas estatales, que se extendieron a las sociedades de economía mixta y reguló las fundaciones e instituciones de utilidad común como entes privados que no estaban adscritos ni vinculados a la Administración pero que desarrollaban una tarea de interés general.

Sobre el particular, Tafur Galvis (1969) reconoce el acercamiento entre el Estado y la sociedad civil en la realización del interés público y recoge esas recientes transformaciones del derecho público, así:

El Estado del siglo xx puede calificarse como el *Estado de la Intervención y de la colaboración*. La autoridad ha abandonado ya su antiguo papel de espectadora de la actividad particular, para participar activamente en ella. Los particulares no persiguen ya exclusivamente su provecho económico, egoísta, sino que paralelamente a la actividad lucrativa impulsan actividades cuya finalidad es el bienestar de la colectividad misma. [...] los particulares, constituyendo obras cuya preocupación es el interés general, irrumpen en la esfera pública y colaboran con el Estado en la consecución de sus fines propios (p. 5).

Este periodo se caracterizó por la indiferencia del legislador para determinar si había funciones administrativas a cargo de particulares, lo que generó confusión en algunos supuestos. Existía un concepto limitado de participación, circunscrito al ejercicio del derecho de petición (Vidal Per-

13 Sarría (1957) recoge la dificultad ideológica de concebir a un particular en ejercicio de los privilegios o prerrogativas estatales: “En fin, si se insistiere en la tesis impugnada [Banco de la República como ente privado], se llegaría lógicamente a una situación de manifiesta inconstitucionalidad respecto de la ley orgánica del Banco de la República. Con efecto: la facultad de emitir moneda de curso forzoso constituye un privilegio, en lo cual no cabe duda alguna; la Constitución Política, en su art. 31, establece que ‘sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación’; luego, aparecería una persona de derecho privado —no organismo del Estado— gozando del más exorbitante de los privilegios cuyo ejercicio significa nada menos que el control del desarrollo económico y de la estabilidad social del país, privilegio que, como es obvio, no queda comprendido en la excepción constitucional” (p. 184).

domo, 1986), de modo que la colaboración en el ejercicio de funciones públicas se desarrolló casuísticamente con la imposición legal de funciones públicas —cámaras de comercio— o la suscripción de contratos —Federación Nacional de Cafeteros— y/o convenios, como acontecía en los supuestos consagrados en materia de salud y de promoción del deporte con las ligas y federaciones deportivas —Decretos Ley 075 de 1975 y 2845 de 1984—.

La segunda etapa partió, en la década de los ochenta, con el reconocimiento legal de la función administrativa por particulares como un fenómeno general en el Código Penal y el Código Contencioso Administrativo. El Código Penal —Decreto Ley 100 de 1980—, al incluir dentro de la noción de servidor público para efectos penales a “toda otra persona que ejerza cualquier función pública, así sea de modo transitorio, o estuviere encargado de un servicio público” (artículo 63).

Sin embargo, fue con ocasión de la expedición del Decreto Ley 01 de 1984 que se evidenció este fenómeno, bajo la noción de entidades privadas cuando cumplan funciones administrativas, y específicamente con la unificación del régimen jurídico de sus actuaciones, al aplicarles la primera parte del código y someter a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a los particulares que ejercieran funciones administrativas (artículos 1 a 82).

Para promover la democracia participativa se insertaron supuestos de intervención de los particulares en la gestión local. Así, las juntas de acción comunal, las sociedades de mejora y ornato, las juntas y asociaciones de recreación, la defensa civil y los usuarios, podían vincularse a la gestión de las funciones y la prestación de los servicios de los municipios —Ley 11 de 1986—.

En esta etapa, el legislador tuvo dos tareas relevantes: perfiló su régimen jurídico y delimitó sus contornos, tanto en la definición de responsabilidades —con la regulación penal— como de sus actuaciones administrativas, dejando atrás la dispersión normativa. Sin embargo, la invisibilización de este fenómeno y su impacto en la estructura del poder público siguió inadvertida a nivel constitucional, hasta la expedición de la Constitución Política de 1991.

La tercera etapa se presenta con el reconocimiento constitucional, la expansión y la regulación general de la función administrativa por particulares. La Constitución Política de 1991 consagró nuevos fines para la actividad estatal, un papel activo de los particulares en la gestión pública —principio de la participación— y reconoció explícitamente que los particulares podían desempeñar funciones administrativas —artículos 123 y 210—.

A partir de este reconocimiento, se produjo una expansión del fenómeno con variedad y diversidad de supuestos. En 1998 se expidió la Ley 489 que reguló la democratización y control social y el ejercicio de funciones administrativas por particulares —artículos 110 a 114—. Esta ley constituye el mayor hito normativo por regular por primera vez el tema y establecer el régimen sustancial de sus actuaciones. Por otro lado, en el 2011 se expidió el CPACA —Ley 1437—, que reiteró su reconocimiento como *autoridades públicas* y su régimen jurídico general. La configuración legal característica de esta etapa será objeto de desarrollo en todo el texto.

2.5. Fundamentos constitucionales del ejercicio de la función administrativa por particulares

La Constitución Política de 1991 constituye el epicentro de las transformaciones de la gestión pública pues en su interior el poder público se institucionaliza, no solo en manos estatales sino también de particulares. Se deja el antagonismo entre Estado y sociedad y surge un ámbito de actuación conjunto o *complejo público-privado* (García Pelayo, 1995, p. 25), donde muchas funciones públicas las pueden realizar los particulares.

En este contexto, el principal fundamento constitucional de la función administrativa por particulares es la adopción del Estado Social de Derecho (Corte Constitucional, 1994, sent. C-180, C-308, C-372; 1995, sent. C-166; 1999, sent. C-866; 2003, sent. C-1150; 2012, sent. C-863; 2017, sent. C-569; 2018, sent. C-074), donde el rol funcional de la Administración se redimensiona con el crecimiento de las tareas estatales, convirtiendo a la función administrativa en protagonista de la actividad estatal en un Estado activo, interventor y gestor, que se caracteriza como un *Estado administrador*. Por ello, se fortalecen las razones de la admisión y expansión

exponencial de la participación de los particulares en la gestión pública y el ejercicio de la función administrativa.

La Corte Constitucional en la sentencia C-866 de 1999 sintetizó los fundamentos del modelo de Estado Social de Derecho y sus implicaciones, precisando que la función pública debe obedecer a la particular axiología constitucional que propugna por la vigencia de principios como la solidaridad y la participación, “Por ello, la posibilidad del ejercicio de funciones públicas por parte de particulares encuentra su soporte constitucional en los mencionados principios, a la vez que viene a ser una de las formas de desarrollo concreto de los mismos”. Además, señaló que era una manifestación concreta de la democracia participativa y del interés de desoficializar la gestión pública, para acercar al Estado y los particulares en sectores relevantes de la vida social.

[...] la posibilidad de ejercicio de funciones públicas por parte de los particulares encontraba sustento en esta perspectiva de democracia participativa que inspira nuestra Carta. En ese sentido expresó: “*Al respecto debe puntualizarse que el acrecentamiento de las tareas que el estado moderno debe asumir, y en particular de aquellas que el poder ejecutivo desempeña, condujo al afianzamiento progresivo de una tendencia, que tuvo sus manifestaciones iniciales en el derecho público francés, y que justamente estriba en autorizar el ejercicio de funciones administrativas a particulares más allá del marco de la concesión, pues, rebasando ese ámbito limitado y tradicional, se buscó el concurso de sectores no estatales mediante modalidades novedosas de acción que en algunos eventos pretenden la integración de personas particulares en las estructuras administrativas, y en otros, favorecen la existencia de entidades pertenecientes al sector privado a las que el Estado les asigna determinadas funciones públicas, con el objeto de satisfacer, por ese medio, intereses de carácter general*” (Corte Constitucional, 1999, sent. C-866).

Además de la axiología constitucional, los fundamentos específicos del ejercicio de la función administrativa por particulares se encuentran en el Título V de la organización del Estado y el VII de la rama ejecutiva, artículos 123 y 210, los cuales reconocen la participación cualificada de los particulares en la gestión pública, no como una creación *ex novo* sino como la recolección de un fenómeno previo carente de un respaldo constitucional. El constituyente prescribió:

Art. 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. [...]

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

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

Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. (República de Colombia, Constitución Política, 1991).

Se encuentra que los artículos 123 y 210 al entregar al legislador la creación y regulación del régimen aplicable a los “particulares que desempeñen funciones públicas” tenía como propósito diferenciar su trato jurídico con los servidores públicos (Molano López, 2005, p. 330) y establecer las condiciones especiales para su ejercicio, determinar las prerrogativas y deberes que trae consigo la titularidad excepcional de la función pública. Este reconocimiento es calificado por la doctrina y la Corte Constitucional como “descentralización por colaboración” (Rodríguez, 2012, p. 32; Corte Constitucional, 2017, sent. C-569).

En este sentido, sus rasgos distintivos le otorgan una especial connotación e incluso la negación de su estatus como forma de descentralización: por un lado, el ejercicio de una función pública desarrollada en interés del Estado, y, por otro, el ejercicio de dicha actividad pública en nombre de la organización privada. Esta última característica es fuertemente criticada desde el plano ideológico, por considerarse que la descentralización solo opera entre entidades públicas, y que esta categoría solo es una modalidad *encubridora* de la privatización de lo público (Hernández, 1999, p. 57).

En Colombia no es nueva la participación de los particulares en lo público; de hecho, la calificación de descentralización por colaboración se presenta desde la mitad del siglo xx en autores como Sarria (1957, pp. 70-71) y Tafur Galvis (1977, p. 19), quienes la acogieron de las obras de Duguit y Fraga para explicar fenómenos institucionales como la gestión pública de la Federación Nacional de Cafeteros y el sistema de concesión, situación que indica la familiaridad y adopción de estos términos en la cultura jurídica aun cuando resulte paradójico que sus fundamentos normativos no recojan esta acepción y se establezcan junto a la descentralización por servicios.

Además de los artículos 123 y 210 constitucionales que consagran los fundamentos específicos de la atribución de funciones administrativas a los

particulares, se encuentran otros fundamentos generales que respaldan la intervención de los particulares en la gestión pública y el ejercicio de la función administrativa:

- El artículo 2 reitera el carácter de Estado democrático y participativo, al consagrar como *fin esencial* facilitar la *participación* de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; y de las autoridades asegurar el cumplimiento de los *deberes sociales* del Estado y de los particulares.
- El artículo 15, que reconoce la existencia de bancos de datos y archivos a cargo de *personas privadas*.
- El artículo 26, que permite que las profesiones legalmente reconocidas se puedan organizar en colegios profesionales y la posibilidad de asignarles funciones públicas.
- El artículo 48, que establece que la seguridad social puede ser prestada por *entidades privadas*, y que el Estado junto a los *particulares* tienen el deber de ampliar progresivamente su cobertura.
- El artículo 49, al prescribir que la salud y el saneamiento ambiental son servicios a cargo del Estado, y autoriza su prestación a *entidades privadas*.
- Los artículos 68 y 69 que disponen que *los particulares* pueden fundar establecimientos educativos y reconocen la existencia de *universidades privadas*.
- El artículo 95 que establece como deberes de las personas y los ciudadanos obrar conforme al *principio de solidaridad social*, *participar en la vida política, cívica y comunitaria del país*, y *contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado*.
- El artículo 103, que atribuye al Estado el deber de contribuir a la organización, promoción y capacitación de las *asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales*, con el fin de que intervengan en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública.

- El artículo 106, que dispone que los habitantes de las entidades territoriales pueden elegir *representantes en las juntas de las empresas que prestan servicios públicos*.
- El artículo 131, que impone al legislador la regulación de los notarios, particulares que prestan servicios públicos y ejercen funciones públicas.
- El artículo 340, que crea el Consejo nacional y los Consejos territoriales de planeación, y señala que estarán integrados por *particulares: los representantes de las entidades territoriales y de los sectores económicos, sociales, ecológicos, comunitarios y culturales*.
- El artículo 365, que califica los servicios públicos como inherentes a la finalidad social del Estado y dispone que pueden ser prestados por el Estado, las *comunidades organizadas* o por *particulares*.
- El artículo 369, que impone al legislador regular la participación de los *usuarios* en la gestión y fiscalización de los servicios públicos, cuando su prestación esté a cargo de empresas estatales.

Estos artículos evidencian la diversidad de ámbitos de intervención de los particulares en la gestión pública. Algunos son expresión de la democracia, representativa y participativa, cuando se asigna la intervención de representantes de determinada colectividad. Otros constituyen permisiones en ámbitos de actuación anteriormente restringidos o monopolizados por el Estado.

Estas disposiciones fundamentan de manera directa y general la intervención de los particulares en lo público, y puntualmente la función administrativa por particulares, en un contexto donde se refuerza el acercamiento entre el Estado y los particulares en un trabajo conjunto para promover, desarrollar y garantizar la realización del Estado Social de Derecho. De esta manera, la sociedad tiene un papel preponderante en la realización de los cometidos del poder público, no solo por ser el escenario en el que se concretan, sino por ser, junto al Estado, agente protagonista en su configuración y concreción.

2.6. Referencias bibliográficas

Ariño Ortiz, G. (1970). La administración institucional: origen y personalidad. *Revista de Administración Pública*, núm. 3, pp. 85-130.

_____. (1973). Corporaciones profesionales y administración pública. *Revista de Administración Pública*, núm. 72, pp. 27-72.

Blair, T. (1999). *La tercera vía*. Bogotá: Aguilar.

Bobbio, N. (2006). *Estado, gobierno y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.

Cassese, S. (1994). *Las bases del Derecho Administrativo*. Madrid: INAP.

Champeau, E. y Uribe, A. J. (1989). *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. París.

Corte Constitucional. (1994). Sentencias C-180, C-308 y C-372.

_____. (1995). Sentencia C-166.

_____. (1999). Sentencia C-866.

_____. (2003). Sentencia C-1150.

_____. (2012). Sentencia C-863.

_____. (2017). Sentencia C-569.

_____. (2018). Sentencia C-074.

Dromi, R. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

Duguit, L. (1975). *Las transformaciones del derecho público y privado*. Buenos Aires: Heliasta.

Escola, H. J. (1990). *Compendio de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: De Palma.

Fernandez García, A. (2005). *Participación y colaboración ciudadana en la administración agraria*. Madrid: INAP.

Fernández Rodríguez, T. R. (1972). *Derecho Administrativo, sindicatos y autoadministración*. 2.^a ed. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.

Fraga, G. (1985). *Derecho administrativo*. 24.^a ed. México: Porrúa.

García de Enterría, E. y Fernández, T.R. (2008). *Curso de Derecho Administrativo*. 12.^a ed. Bogotá: Temis.

García Pelayo, M. (1995). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2.^a ed. Madrid: Alianza Universidad.

- Gardini, G. (2010). Externalización de funciones administrativas y ejercicio de funciones públicas por privados. La experiencia italiana. En: *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la administración*. Madrid: Huygens.
- Garrido Falla, F. (1950). *La administración indirecta del Estado y la descentralización funcional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.
- Giannini, M. S. (1991). *El poder público, Estados y administraciones públicas*. Barcelona: Civita.
- Hernández, P. A. (1999). *Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia*. Bogotá: Legis.
- Jéze, G. (1949). *Principios generales del Derecho Administrativo. Vol. III. El funcionamiento de los servicios públicos*. Buenos Aires: De Palma.
- Maltoni, A. (2005). *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*. Turín: Giappichelli.
- Marienhoff, M. (2000). *Tratado de Derecho Administrativo*. 5.ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Marín Cortés, F. (2008). *Público y privado. Estudio sobre las transformaciones del derecho, del Estado y de la empresa*. Bogotá: Temis.
- Meisel Roca, A. et al. (1990). *Banco de la República: antecedentes, evolución y estructura*. Bogotá: Banco de la República. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/economia/banrep1/hbrep16.htm>.
- Molano López, M. R. (2005). *Transformación de la función administrativa*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Parada, R. (2005). *Derecho Administrativo*. Vol. II. Madrid: Marcial Pons.
- Penagos, G. (2004). *Derecho Administrativo. Nuevas tendencias. Tomo I*. 5.ª ed. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Rodríguez, L. (2012). *Estructura del poder público en Colombia*. 14.ª ed. Bogotá: Temis.
- Saasen, S. (2010). Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas. En: *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- Sainz Moreno, F. (1983). Ejercicio privado de funciones públicas. *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, pp. 1699-1783.
- Santamaría Pastor, J. A. (2004). *Principios de Derecho Administrativo*. Vol. I. 3.ª ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Sarria, E. (1957). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis.

Tafur Galvis, A. (1969). *Establecimientos públicos e instituciones de utilidad común*. Madrid: Imprenta de Prensa Española.

_____. (1993). *La Constitución de 1991 y la modernización del Estado colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Valencia Barrera, G. A. (1998, diciembre). *La banca central en Colombia*. Bogotá: Banco de la República. Disponible en: <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra097.pdf>.

Vidal Perdomo, J. (1986). La colaboración de los particulares en la actividad administrativa. En: *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*. Bogotá: Rosaristas.

Atribución y delimitación material del ejercicio de funciones administrativas por particulares

La atribución de funciones al Estado y los particulares tiene como presupuesto la pugna constante entre dos principios del Estado de Derecho que delimitan sus ámbitos de actuación: el principio de legalidad y el principio de libertad. Tales fundamentos precisan la relación de los sujetos con el ordenamiento jurídico —vinculación negativa para los particulares y vinculación positiva para el Estado— y conforman la regla de clausura, consagrada en los artículos 6 y 121 de la Constitución, en virtud de la cual para los particulares *todo lo que no está prohibido está permitido* y para el Estado *todo lo que no está permitido está prohibido*.

Aun cuando se afirma la crisis de esta relación principialística —por la inversión de la regla en múltiples sectores (Zagrebelsky, 1995, p. 34)—, la importancia de su formulación, para el estudio propuesto, reside en reconocer que ni el Estado ni los particulares tienen autonomía originaria para la gestión pública. Toda atribución de la gestión pública debe ser conferida respetando el principio de legalidad.

En virtud del principio de legalidad, las competencias deben ser claras, expresas y de interpretación restrictiva; para garantizar la constitucionalidad de esta atribución excepcional y establecer las fronteras formales y materiales entre la función pública y la actividad de los particulares, que varía conforme a un criterio adicional: la relación entre el Estado y los particulares, circunscrita en cada modelo estatal y momento histórico, que

condiciona la titularidad de la función administrativa, las materias y los medios de la gestión pública.

Los términos en que se desvirtúa el pretendido *monopolio de la actividad administrativa* y la gestión del interés general en manos del Estado se desarrollan bajo el principio de legalidad, para garantizar la seguridad jurídica e impulsar su control. Por ello, con fundamento en este principio se desarrollará la atribución de las funciones administrativas a los particulares, reconociendo sus *modalidades y características* —dimensión formal—, sus *límites, prohibiciones y restricciones* y las *funciones o materias* comúnmente atribuidas —dimensión material—.

3.1. Modalidades de atribución de funciones administrativas a particulares

Por modalidades se entienden las formas como el ordenamiento jurídico *traslada, asigna, atribuye o adjudica la función administrativa a los particulares*. En virtud de los artículos 123, 210 y 365 constitucionales, el legislador tiene libertad de configuración para su desarrollo, el cual efectuó parcialmente en la Ley 489 de 1998; sin embargo, el tema carece de una regulación integral, por ello estas modalidades se desarrollarán a partir de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La doctrina señala que la forma de atribuir las funciones administrativas a los particulares es la prevista en la Ley 489, incluso reduciendo todos los supuestos a esta forma (Younes Moreno, 2004, p. 188; Hernández, 1999, p. 57; Penagos, 2004, p. 269; Rodríguez, 2017, p. 69). Esta posición restringida desconoce una gran cantidad de supuestos que sobresalen en una posición más amplia, como lo desarrollan Álvaro Tafur Galvis (1993, p. 65) incluso antes de 1998; Juan Carlos Moncada (2005, agosto, p. 178) al analizar los convenios de la Ley 489 de 1998; Libardo Rodríguez (2017, p. 165),¹ y el profesor David Suárez Tamayo (2010, septiembre, p. 46), quien identifica otras modalidades según su forma de asignación, así: i) atribución legal directa explícita, ii) implícita o deducida, y iii) atribución legal indirecta o diferida, denominación que asigna por ser necesaria la suscripción de un convenio, y se concreta conforme a la Ley 489.

1 Sin embargo, en anteriores ediciones de su obra su posición fue restringida. *Cfr.* Rodríguez, 2008. p. 69.

La Corte Constitucional inicialmente reconoce estas formas de atribución de manera casuística como *fórmulas convencionales* y la *constitución de personas para desarrollar actividades públicas de interés general*. En la sentencia C-449 de 1992 identificó a la Federación Nacional de Cafeteros, donde prevaleció una lógica contractual; en la sentencia C-144 de 1993 reconoció la *atribución directa de la ley* de funciones a las cámaras de comercio, y en la sentencia C-166 de 1995 destacó la integración de particulares a la estructura administrativa y la asignación directa de funciones públicas a entes privados.

La Corte, en la sentencia C-543 de 2001 distinguió varias formas de asignación legal, así: i) atribución legal directa, ii) atribución por previsión legal, por vía general de autorización, y iii) la constitución de entidades en cuyo seno concurren los particulares y las entidades públicas.² Posteriormente, reconoció la inserción de particulares en órganos con competencias generalmente consultivas en la sentencia C-482 de 2002 y su participación en los órganos de administración en la sentencia C-914 de 2004 —intervención orgánica—.

Conforme a lo anterior, la atribución de la función administrativa se integra en cuatro modalidades: a) atribución directa de la ley, b) autorización general de la ley, c) constitución de organismos mixtos, y d) participación orgánica en las entidades públicas.

a) *Atribución directa por la ley*. Implica que el legislador determina quién es el particular que realiza una función concreta y, en algunos casos, determina las condiciones de su ejercicio como la financiación, la necesidad o no de suscribir un contrato, el contenido y los mecanismos de control. Se utiliza usualmente para vincular las entidades gremiales a la gestión de las cargas económicas creadas para los diversos sectores económicos (contribuciones parafiscales).

Esta atribución puede ser *expresa*, por calificarse la actividad como función pública o administrativa, e *implícita*, cuando no se cualifica, pero es o implica esta función. Sobre el particular se encuentran los tribunales médicos —Ley 23 de 1981, artículos 65 a 73—, el Comité de

2 Clasificación reiterada en las sentencias C-233 y C-482 de 2002; C- 819 y C-1002 de 2004; C-259 de 2008, y C-644 de 2011.

Promoción Fílmica de Colombia —Ley 1556 de 2012—, el Colegio Colombiano de Archivistas —Ley 1409 de 2010—, entre otros supuestos, que se relacionan más adelante.

- b) *La autorización por vía legal a las autoridades públicas titulares de las funciones para atribuirles a los particulares (personas jurídicas o naturales).* Hace referencia a la regulación de la Ley 489 de 1998, artículos 110 a 114, la cual implica dos actuaciones: la autorización y la suscripción de un convenio. La forma de asignación se concreta en el artículo 111, que prescribe:

Artículo 111. Requisitos y procedimientos de los actos administrativos y convenios para conferir funciones administrativas a particulares. Las entidades o autoridades administrativas podrán conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, bajo las condiciones de que trata el artículo anterior, cumpliendo los requisitos y observando el procedimiento que se describe a continuación:

1. Expedición de acto administrativo, decreto ejecutivo, en el caso de ministerios o departamentos administrativos o de acto de la junta o consejo directivo, en el caso de las entidades descentralizadas, que será sometido a la aprobación del Presidente de la República, o por delegación del mismo, de los ministros o directores de departamento administrativo, mediante el cual determine:

- a) Las funciones específicas que encomendará a los particulares;
- b) Las calidades y requisitos que deben reunir las entidades o personas privadas;
- c) Las condiciones del ejercicio de las funciones;
- d) La forma de remuneración, si fuera el caso;
- e) La duración del encargo y las garantías que deben prestar los particulares con el fin de asegurar la observancia y la aplicación de los principios que conforme a la Constitución Política y a la ley gobiernan el ejercicio de las funciones administrativas.

2. La celebración de convenio, cuyo plazo de ejecución será de cinco (5) años y para cuya celebración la entidad o autoridad deberá:

Elaborar un pliego o términos de referencia, con fundamento en el acto administrativo expedido y formular convocatoria pública para el efecto teniendo en cuenta los principios establecidos en la Ley 80 de 1993 para la contratación por parte de entidades estatales.

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

La regulación de la Ley 489 es general y supletiva; vincula a todas las entidades públicas, salvo excepción o regulación legal especial —verbi-gracia, la habilitación de las entidades certificadoras de firmas digitales prevista en la Ley 527 de 1999—. En consecuencia, la autorización legal se puede concretar mediante fórmulas convencionales, contractuales o demás técnicas de autorización o habilitación previstas por el legislador para el ejercicio de la función administrativa.

- c) *Constitución de entidades, en cuyo seno concurren los particulares.* Esta forma de atribución es *singular*, pues la mayoría de casos donde el Estado y los particulares crean una persona jurídica o entidad diferente tienen por finalidad el desarrollo de actividades de carácter industrial y comercial. La dificultad se encuentra en determinar si esa entidad mixta ejerce o no función administrativa, en el primer caso serán supuestos de *particulares en ejercicio de función administrativa*.

En esta modalidad, la Ley 489 configuró las asociaciones, fundaciones y personas sin ánimo de lucro con participación de particulares y las sociedades de economía mixta. Al respecto, se exige que la Constitución y la ley determinen sus finalidades, contornos y régimen jurídico específico, como lo advierte la Corte Constitucional en la sentencia C-372 de 1994, que declaró inexecutable la regulación general del artículo 6 del Decreto 130 de 1976, y en la sentencia C-506 de 1994, que declaró la exequibilidad de los artículos 1, 3 y 4 del Decreto 393 de 1991, que reguló las asociaciones mixtas para actividades científicas y tecnológicas.

- d) *La participación orgánica o incorporación de personas privadas a través de la configuración de órganos administrativos.* En esta modalidad, se ingresa a la Administración como particular, sin transformarse en servidor público y tiene la misma finalidad de estos: desarrollar una función administrativa. Este supuesto se presenta con la participación gremial concreta u *orgánica en la administración*, destacándose su intervención en los consejos superiores de la administración de la Ley 489, los integrantes de las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de

las empresas industriales o comerciales de carácter municipal que son delegados de entidades cívicas o usuarios del servicio —artículo 157 del Decreto 1333 de 1986—, *mutatis mutandis* en el Departamento —artículo 278 del Decreto Ley 1222 de 1986—, los vocales en las empresas de servicios públicos domiciliarios —Ley 142 de 1994—.

Los modos, tipologías o formas como se atribuyen las funciones administrativas a los particulares son desarrolladas especialmente por la Corte Constitucional, que en ocasiones confunde su forma de asignación —supuestos 1 y 2— con su forma de ejercicio —constitución de organismos mixtos y la participación orgánica—; ya que, en todo caso, su asignación debe tener como presupuesto una atribución legal concreta o general, directa o indirecta para su posterior ejercicio. En efecto, cualquiera sea la forma de entregar esta función, debe respetar el ordenamiento y las normas jerárquicamente superiores, para no generar una atribución viciada de nulidad.

3.2. Características de la asignación de funciones administrativas a particulares

De conformidad con las modalidades de atribución y la existencia de regímenes especiales, se exponen las características más importantes y sobresalientes en su asignación y régimen jurídico relacionadas con las competencias para su asignación, duración, exclusividad de su ejercicio, necesidad del consentimiento del particular, eventual imposición unilateral y la retribución por su ejercicio.

3.2.1. Múltiples fuentes normativas atribuyen funciones administrativas

La atribución de funciones administrativas a los particulares se encuentra en múltiples fuentes normativas, empezando por la Constitución Política que, como fuente primigenia de distribución del poder público, habilita su asignación mediante atribuciones generales —artículos 123, 210 y 365— y específicas —artículos 26, 48, 49, 69, 103, 131 y 267—. La Constitución puede atribuir de manera directa y expresa funciones administrativas a los particulares, autorizar para que lo decida el legislador o una autoridad dis-

tinta, incluso omitir referencia en la materia, dejándola a la libre configuración legislativa, estableciendo los presupuestos para restringir o ampliar el ejercicio de funciones administrativas por particulares.

En segundo lugar, la *ley* es una fuente indiscutida de atribución de funciones administrativas, *ley en sentido estricto* y también todas las *normas que tengan fuerza de ley*. El legislador solo tiene como límite el orden constitucionalmente establecido; por lo tanto, prevalece *el principio de libre configuración legislativa*, fundado en razones de oportunidad y conveniencia. En la ley se concreta la atribución de la función administrativa a los particulares, de manera directa expresa o implícita, indirecta o por vía de autorización, donde se destaca la atribución general prevista en la Ley 489 de 1998.

En este último evento, no es la autoridad administrativa quien, *motu proprio*, atribuye la función, sino el legislador, por eso la Administración no puede sustituirla por una atribución contractual diferente, pues existe un procedimiento propio (Suárez Tamayo, 2010, septiembre, p. 50). Sin embargo, el legislador puede establecer normas especiales y prescribir múltiples formas, directas o diferidas, para conferir esta función, como sucede con la Federación Nacional de Cafeteros y, generalmente, con el recaudo y la administración de recursos parafiscales.

En tercer lugar, *los actos administrativos* no son fuentes primigenias de la atribución función administrativa y solo concretan las atribuciones previstas de manera particular o general en la Ley. Esta regla solo tiene una excepción: los reglamentos *praeter legem* derivados del artículo 355 de la Constitución Política; en este evento se pueden crear normas especiales para la asignación de funciones públicas a los particulares.

En cuarto lugar, *los convenios y/o contratos* —diferentes a los previstos en la Ley 489—, como fuentes autónomas de derecho, también son instrumentos válidos para atribuir funciones administrativas a particulares (Chávez Marín, 2012), ya que varias modalidades convencionales, dependiendo del objeto y obligaciones, conllevan el ejercicio de estas funciones como sucede con la concesión y el contrato de prestación de servicios. Por tratarse de una relación contractual, puede variar fuertemente el régimen de controles y responsabilidades.

3.2.2. Libertad de configuración legislativa para su asignación

La libertad de configuración legislativa permite que el legislador dentro del marco constitucional y sus límites pueda adoptar diferentes políticas y definiciones legislativas. En el caso concreto, la libertad se establece al momento de atribuir la función administrativa, determinar su duración, imponerla unilateralmente o con su aceptación, otorgarle un carácter gratuito o remunerado, entre otras notas distintivas. Esta libertad de configuración es, incluso, un deber constitucional conforme al inciso 2 del artículo 210 de la Carta constitucional, al prescribir que “Los particulares pueden cumplir funciones administrativas *en las condiciones que señale la ley*”. Esta característica la reitera la Corte Constitucional, como se expone con las notas características de esta función.

3.2.3. Asignación permanente o temporal

La temporalidad del ejercicio de la función administrativa es un punto problemático por proceder de manera excepcional y por las diversas interpretaciones del artículo 123 constitucional, que prescribe: “La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que *temporalmente* desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”. Así, por un lado, bajo una interpretación estricta y el argumento a contrario, parece que prohíbe la asignación de carácter permanente, mientras, por otro lado, se considera su permisión, pues lo que prescribe la disposición es una regulación de su régimen y no de su asignación que queda en el ámbito de la libre elección legislativa.

En ambos casos subyace un presupuesto: el constituyente sí puede otorgarla de manera permanente, como lo reconoce la Corte Constitucional en la sentencia C-286 de 1996 frente a los notarios —artículo 131— y la prestación de servicios públicos —artículo 365—; el *quid* del asunto se presenta frente al legislador.

La Corte Constitucional en la sentencia C-702 de 1999 declaró inexecutable el término *prorrogables*, que cualificaba la duración de 5 años de los convenios que asignan funciones administrativas, previsto en el numeral 2 del artículo 111 de la Ley 489, pues “*al no haber previsto un límite máximo al número de prórrogas, contraría el artículo 123 de la Carta, pues da pie para que se convierta en permanente*”. Esta posición se reiteró en la sentencia

C-866 de 1999, donde se precisó que el término de 5 años es un máximo, pues el convenio puede tener un plazo menor.³ En estos términos, la asignación de funciones administrativas exige un *período determinado y determinable en el tiempo*.

La Corte en la sentencia C-1002 de 2004 cambió su posición, pues al estudiar los artículos 42 y 43 de la Ley 100 que regulan las Juntas de Calificación de Invalidez, aseguró que si bien los artículos 123 y 210 hacen referencia a la atribución temporal, la *temporalidad* no es requisito *sine qua non* de la ley que lo habilita, y que de la Constitución no se deriva una prohibición al ejercicio permanente de la función administrativa, pues estas disposiciones solo se refieren a la necesidad de establecer su régimen jurídico.

Conforme a lo anterior, la Corte no tiene una posición consolidada en la materia, no ha declarado inexecutable ninguna norma con atribuciones permanentes, como las previstas en el Código de Comercio para la Cámara de Comercio, sino que incluso avaló su atribución. En todo caso, la conveniencia o el mérito de esta facultad dependerá de los controles y responsabilidades, así como de la posibilidad de retomar dicha función para el Estado, cuando su ejercicio no cumpla los presupuestos que impulsaron acudir a los particulares.

3.2.4. Ausencia de funciones exclusivas, privativas o excluyentes

El constituyente no estableció reservas de atribución para los particulares, sino que consagró permisiones para que ellos, junto con el Estado, gestionen lo público. Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-662 de 2000, abordó este tópico frente a la *presunta reserva* de la función fedante de los notarios, y declaró la exequibilidad de varias disposiciones de la Ley 527 de 1999, que reglamentó las firmas digitales y estableció las entidades de certificación con un *tipo de función fedante*.

El legislador al conferir funciones a un particular no se restringe automáticamente, pues conserva la libertad de configuración normativa para atribuir esta función a otras personas, siempre que no haga nugatoria la intervención de los particulares prevista constitucionalmente. En otras palabras, si bien no existe una reserva constitucional de funciones a cargo

3 Se reitera en las sentencias C- 776 de 2003 y C-1085 de 2008.

de los particulares, sí existen reservas de participación y concurrencia de estos en varios ámbitos de la función administrativa.

3.2.5. Prerrogativa de la imposición unilateral y exigencia del consentimiento del particular.

La imposición de cargas, deberes u obligaciones de forma unilateral consiste en una de las prerrogativas del poder público, que se presenta con ocasión de la asignación de funciones administrativas a particulares de forma excepcional. Por comportar una restricción a la libertad de actuación, se reconoce que no cualquier norma puede imponerla. Para Tafur Galvis (1993, p. 65), la imposición unilateral por parte del Estado no debe afectar la autonomía constitucionalmente garantizada a las personas jurídicas, justificación suficiente para conseguir su asentimiento.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-091 de 1997 declaró exequible el artículo 233 de la Ley 223 de 1995 que impuso a las cámaras de comercio la liquidación y el recaudo del impuesto de registro, con fundamento en la libre configuración legislativa y se manifestó la posibilidad de imposición unilateral sin que contraríe la Carta constitucional, los derechos a la personalidad jurídica, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad sindical, así:

Para asignar funciones públicas a los particulares, la Constitución no exige que ellos expresen su consentimiento previamente. En el caso de las cámaras de comercio, por ejemplo, es evidente que una de éstas no podría negarse a llevar el registro mercantil, del mismo modo que un ciudadano sólo puede excusarse de cumplir la función de jurado electoral cuando tenga causa justa, prevista en la ley. En síntesis, la ley puede asignar funciones públicas a los particulares, sin obtener su previo consentimiento.

Sin embargo, si la función administrativa la asigna una autoridad administrativa se requiere el consentimiento del particular. En efecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-866 de 1999 declaró inexecutable la expresión *si fuere el caso*, del numeral 2 del artículo 111 de la Ley 489, que establecía como opcional la suscripción del convenio para atribuir estas funciones. Esta decisión se fundamenta en el principio de igualdad de las cargas públicas, pues lo contrario implicaría un evidente quebrantamien-

to del principio de justicia distributiva y de justicia conmutativa, situación que también afectaría la igualdad y libertad de los particulares: “En tal sentido, sólo la ley o la Constitución pueden llevar a cabo la referida imposición unilateral, sin necesidad de aceptación expresa por medio de convenio”.

3.2.6. Elección directa del particular u obligatoriedad de un proceso de selección

En virtud de la libertad de configuración, el legislador asigna funciones administrativas a particulares de manera directa —*verbigracia* la Federación Nacional de Cafeteros y las cámaras de comercio—, sin que al hacerlo imponga una gestión unilateral, pues en varios casos se condiciona a la suscripción de un contrato o convenio. En los demás supuestos se otorga una función administrativa general, por vía de autorización, y se disponen los mecanismos para seleccionar al particular, generalmente la suscripción de un contrato tras ser adjudicatario de un proceso contractual donde se garantizan los principios de selección objetiva, transparencia, participación y libre concurrencia.

Ahora bien, ¿existe una razón suficiente para que el legislador —o cualquier otra autoridad— excepcione principios como la libre concurrencia y la selección objetiva, para atribuir la función administrativa a un particular determinado? Por ejemplo, en el manejo de recursos parafiscales es común atribuir el recaudo y la administración a un gremio, y específicamente a una federación —por ejemplo, los recursos del Fondo Nacional Ganadero a Fedegán—; pero ante la inexistencia de una única institución representativa del sector, ¿qué justifica que el legislador opte por una y no por otra institución?

En la mayoría de casos en que se atribuye una función, su desempeño está condicionado a una remuneración, de modo que cuando se atribuye directamente la actividad existe una figura similar a una *contratación directa*. En consecuencia, la libre configuración legislativa no es razón suficiente para excluir a otras personas que, cumpliendo las mismas condiciones, pueden ejercer la función pública, por ello, deberían motivar su selección cuando asignan una función de manera directa a un particular con el fin de salvaguardar la libre concurrencia.

3.2.7. Ejercicio a título oneroso o gratuito

Toda función pública presupone la existencia de una infraestructura física y humana para su ejercicio, lo que implica la asunción de determinados costos. Por ello, no existen dudas sobre la razonabilidad y necesidad de establecer una remuneración; pero la Corte Constitucional también justifica su ejercicio gratuito. En la sentencia C-091 de 1997 señaló que la remuneración no es un elemento esencial en este tipo de atribuciones y que la gratuidad encuentra sustento en el artículo 95 constitucional y en principios como la solidaridad social.

La Corte Constitucional en la sentencia C-866 de 1999 analizó el artículo 111 de la Ley 489, que en el literal d) del numeral 1 estableció las condiciones que debe incluir el acto administrativo que confiera la función, entre ellos la necesidad de determinar “La forma de remuneración, *si fuere el caso*”. La Corte reiteró la libre configuración legislativa y declaró exequible la disposición, advirtiendo que el tema queda librado a la facultad discrecional del legislador porque no existen límites que impidan el ejercicio gratuito o remunerado de la función.

Conforme a lo anterior, la función administrativa atribuida por entidades de la administración pública también puede ser gratuita, con la única diferencia de que en este supuesto se requiere aceptación por parte del particular, dado que no se pueden imponer unilateralmente estas funciones, por tratarse de una potestad consagrada únicamente a cargo del legislador, situación que no obsta para que, en un caso particular, el legislador imponga funciones gratuitas que la administración pública deba concretar en los términos previstos por la ley.

3.3. Límites materiales a la atribución de funciones administrativas a los particulares

Los fundamentos de la atribución de la función administrativa a los particulares, establecidos en los artículos 123 y 210 de la Constitución Política y en los artículos 110 a 114 de la Ley 489 de 1998 —sin perjuicio de la normativa especial—, solo prescriben la posibilidad de radicar en los particulares la titularidad y/o ejercicio de esta función, sin precisar las actividades. Pero es claro que tanto el Estado como los particulares requieren una competencia expresa para su desarrollo porque toda atribución material

del poder público debe respetar el principio de legalidad y porque la función administrativa a cargo de particulares constituye una excepción del ejercicio del poder público en manos del Estado.

En este sentido, se estudiarán los contornos de esta función en manos de los particulares, desde la perspectiva de las competencias materiales a su cargo, abordando los límites para su atribución como presupuesto para abordar las materias a su cargo. Al respecto, ni la Constitución Política ni la Ley 489 de 1998 consagran un marco material de atribución y limitación de materias; sin embargo, por la expansión de este fenómeno la Corte Constitucional ha delimitado los contornos y precisado sus límites. En la sentencia C-866 de 1999, providencia hito en la materia, la Corte determinó que constitucionalmente no es posible atribuir todo tipo de funciones administrativas a los particulares y estableció una serie de límites negativos para su atribución, que se pasarán a abordar.

3.3.1. Exclusión de las funciones de carácter político o gubernamentales

Las *funciones de carácter político o gubernamentales* residen en cabeza del ejecutivo, el jefe de Estado y jefe de Gobierno —artículo 115 de la Constitución Política—, y entrañan el ejercicio de la soberanía *exclusiva* del poder político —no propiamente una función administrativa—, razón por la cual la Corte Constitucional establece que no son atribuibles a los particulares. En consecuencia, las funciones típicas de este ámbito de acción, previstas en los artículos 189, 200 y 201 constitucionales están vedadas a los particulares; no obstante, como esta disposición también enuncia las competencias derivadas de la calidad del Presidente como *suprema autoridad administrativa*, se deben distinguir las competencias en razón de una u otra calidad, para precisar su ámbito de acción.

La Corte Constitucional ha establecido que las funciones derivadas de la calidad de Jefe de Estado están relacionadas con la unidad política del Estado y sus relaciones internacionales, mientras las de Jefe de Gobierno están relacionadas con la fijación de políticas públicas (Corte Constitucional, 1995, sent. C-315; 1996, sent. C-020; y 1998, sent. C-496). Por ende, no son atribuibles a los particulares las competencias que implican el ejercicio del poder político en la calidad de *jefe de Estado* y *jefe de gobierno*.

3.3.2. Proscripción de las funciones exclusivas y excluyentes de las autoridades

El límite de *las funciones exclusivas y excluyentes de las autoridades* exige un doble nivel de análisis, según la fuente que asigne la función: si es la Constitución, el límite es para el legislador y las autoridades administrativas; si es la ley, el límite material solo rige para la autoridad administrativa, puesto que el legislador podría conferirla de manera excluyente o concurrente, a otras autoridades o particulares. Además, se encuentran tres grupos de estas funciones: i) las reservas materiales señaladas expresamente por el ordenamiento jurídico; ii) las materias y competencias que se han calificado como *indelegables*, y iii) las funciones propias e inherentes a determinada autoridad.

En las *reservas materiales en autoridades administrativas* se encuentran las *funciones de la fuerza pública*, que según el artículo 216 de la Constitución está integrada “en forma exclusiva, por las Fuerzas Militares y de Policía Nacional” (Corte Constitucional, 1996, sent. C-020). Esta restricción se relaciona con el monopolio de la fuerza, del cual se derivan otros monopolios, como el de las armas, elementos que forman parte de la soberanía estatal interna (Corte Constitucional, 1995, sent. C-038).

También existen otras funciones reservadas a la autoridad pública, que se pueden desconcentrar, descentralizar o delegar, pero no entregar a los particulares, por ser calificadas por la Corte Constitucional como connaturales a la existencia del Estado, como son las actividades que se enmarcan dentro de las *funciones de policía, de inspección, vigilancia y control* (2003, sent. C-1150); pero esta posición no es absoluta, pues la propia Constitución consagra excepciones y matiza la reserva al permitir que los particulares puedan ejercer la función de control fiscal —artículo 267— y la inspección y vigilancia del ejercicio profesional —artículo 26—.

La jurisprudencia también ha determinado que *las funciones propias de los ministros* están reservadas a las autoridades administrativas. Así lo señaló el Consejo de Estado en el Concepto N.º 2051 del 15 de marzo de 2011, donde precisó que el artículo 9 de la Ley 489 no permite la delegación en particulares, salvo norma especial. Este límite también se debe extender a las funciones de los directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de entidades descentralizadas,

puesto que ambos se rigen, en materia de delegación, por la misma regla especial.

Otro criterio que aclara las funciones exclusivas de las autoridades públicas y, que como consecuencia no se pueden entregar a los particulares, está relacionado con *la calificación como materias indelegables*, que conforme a la Ley 489, artículo 11, son: i) la expedición de reglamentos; ii) las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación y iii) las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.

El tercer criterio que delimita las funciones exclusivas y excluyentes de una autoridad administrativa consiste en el *quantum* mínimo del ámbito competencial propio del órgano, que justifica la cualificación de su rol, por mandato constitucional o legal, que en caso de entregarse a los particulares desnaturalizaría a la entidad pública, como sucede con las funciones del Presidente como “Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República” —artículo 189 de la Constitución Política, C. P.—, del Procurador General de la Nación como supremo director del Ministerio Público —artículo 275 de la C. P.—, de las asambleas y concejos municipales como corporaciones político-administrativas —artículos 299 y 312 de la C. P.— y del Banco de la República como banca central —artículo 371 de la C. P.— y su Junta Directiva como la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia —artículo 372 de la C. P.—.

3.3.3. Restricciones consagradas legalmente

El legislador, conforme al artículo 210 constitucional, puede establecer límites para la asignación de funciones administrativas y, en su regulación, prevalentemente casuística, se encuentran dos tipos de límites: los previstos de manera general para la atribución de estas funciones y los previstos en normas especiales. Dentro de los primeros, la Ley 489 de 1998 establece que la autoridad otorgante de la función administrativa no puede transferir su *regulación, control, vigilancia y potestad de orientación* —artículo 110.2— y la Ley 1386 de 2010 prohíbe a las entidades territoriales y sus entes descentralizados delegar en terceros a cualquier título “la administración, fiscalización, liquidación, cobro coactivo, discusión, devoluciones, e imposición de sanciones de los tributos por ellas administrados”, normas declaradas inexequibles en las sentencias C-866 de 1999 y C-370 de 2011.

3.3.4. Prohibición para atribuir competencias que no estén a su cargo

Este límite consiste en que *las autoridades administrativas solamente pueden atribuir a los particulares las funciones que son de su competencia*, limitación que se deriva del principio de legalidad y del conocido aforismo jurídico *nemo dat quod non habet* —nadie da lo que no tiene—. En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C-866 de 1999 precisó 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”.

3.3.5. Proscripción de vaciar de contenido la competencia de la autoridad otorgante de la función administrativa

Esta restricción consiste en *la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad otorgante de las funciones administrativas*; esto es, que “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” (Corte Constitucional, 1999, sent. C-866). El despojo absoluto de la materia de su competencia redundaría en la falta de justificación de su existencia. Por lo tanto, conforme al artículo 111 de la Ley 489, el acto administrativo determinará *las funciones específicas que se encomendará a los particulares* de manera expresa, precisa y específica, de modo que no devenga en “una invasión o usurpación de funciones no concedidas”, “un vaciamiento del contenido de la competencia de la autoridad atribuyente” o “la privatización indirecta del patrimonio público”.

3.4. Materias de la función administrativa comúnmente atribuidas a los particulares

Los ámbitos materiales de la función administrativa son tan amplios y diversos como los fines del Estado y el interés general. Abarcar en pocas categorías su ámbito de acción es un despropósito, pues el carácter cir-

cunstancial de las actividades ha orientado a que la doctrina no aborde este tema de manera general pues, como afirma Adolf Merkl (2004), sus “contenidos son infinitos”.

En relación con las actividades que contemporáneamente se asignan a los particulares, no existe *prima facie* una reserva de función administrativa, aun cuando las atribuciones de la Constitución no pueden ser menoscabadas por el legislador. Al respecto, se encuentran dos conjuntos de supuestos: por un lado, los consagrados en razón de la *materia* como la seguridad social —artículo 48—, los servicios de salud —artículo 49—, la educación —artículo 76—, el control fiscal —artículo 267—, el control interno —artículo 269— y los servicios públicos —artículo 365—; y, por el otro, los dispuestos en razón del *sujeto*, como las actividades realizadas, generalmente —pues pueden realizar otro tipo de funciones públicas o actividades privadas—, por los colegios profesionales —artículo 26— y los notarios —artículo 131—.

Si bien en tales casos existe una tendencia constitucional para la intervención de los particulares mediante el ejercicio de funciones administrativas, lo cierto es que este fenómeno se extiende a un sinnúmero de sectores, con variedad de competencias y, tal como acontece con la función administrativa en manos del Estado, pero con los límites propias de su carácter excepcional, su *contenido tiende a ser inabarcable*.

En Colombia, las materias comúnmente atribuibles a los particulares han sido abordadas por Álvaro Tafur Galvis (1993, p. 65) y David Suárez Tamayo (2010, septiembre, p. 67); aquí se pretende abordar este tópico con fundamento en estos trabajos y teniendo en cuenta la legislación expedida por el Congreso. Especialmente, se tendrá en cuenta la tipificación del profesor Suárez Tamayo, por partir de un rastreo normativo de los particulares que cumplen funciones administrativas hasta el año 2008, el cual clasifica las materias en actividades de: i) reglamentación del ejercicio y control de las profesiones; ii) recaudo y administración de recursos públicos; iii) asesoría y colaboración; iv) actividades contractuales; v) certificación, fe pública y licencias, y vi) en actividades que no tienen un común denominador material.

Con fundamento en esta distinción, se realizará un análisis de cada una, desde una perspectiva general, señalando sus particularidades.

3.4.1. La actividad de reglamentación y control del ejercicio de las profesiones

La Constitución Política consagró en el artículo 26, como derecho fundamental, la libertad para escoger profesión u oficio; estableció los fundamentos para exigir títulos de idoneidad, para la inspección y vigilancia de la misma, y consagró la posibilidad de que las profesiones puedan organizarse en colegios, consagrando expresamente que “La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles”.

Sobre el último aspecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-579 de 1994 destacó dos modalidades o formas de regular, vigilar y controlar el ejercicio de los profesionales, incluyendo el ejercicio de estas funciones por particulares, así: “Respecto a la inspección y vigilancia de las calidades éticas con las que se ejerce una profesión, arte u oficio, existen en el país dos formas de regulación válidas: la libremente aceptada por los miembros de una asociación gremial, y la impuesta por el ordenamiento a todos los que practiquen una de esas actividades” (1994, sent. C-579).

Este pronunciamiento aclara la asunción de determinadas funciones de inspección y control del ejercicio profesional por entes ajenos al cuerpo estatal. En cuanto a la reglamentación como la expedición de códigos de ética, surgen dos apreciaciones: en primer lugar, esta sentencia reconoce supuestos de autorregulación de instituciones, gremios o conjunto de personas mientras no se vulneren derechos ajenos y no se contravenga el ordenamiento legal; en segundo lugar, la expedición de códigos de ética por comportar la restricción a derechos fundamentales del profesional, tiene reserva legal, posición que ha sido reiterada por la Corte Constitucional (1992, sent. C-606; 1998, sent. C-251; y 2006, sent. C-340).

La regulación de esta competencia, como la reglamentación, inspección y vigilancia de las profesiones y oficios, está condicionada por la protección del interés general de la sociedad frente al riesgo previsible que su ejercicio pueda ocasionar (Corte Constitucional, 2013, sent. C-307); y por la igualdad y libertad de profesión, de modo que las restricciones deben ser concretas, *so pena* de vulnerar el contenido esencial del derecho (1992, sent. C-606, reiterada en 1997, sent. C-050, y 2013, sent. C-307). En estos térmi-

nos, por razones de conveniencia y oportunidad, el legislador entrega estas funciones públicas a personas públicas o privadas (2006, sent. C-470).⁴

Esto significa que las actividades de vigilancia, inspección y control del ejercicio profesional no están reservadas a los particulares ni al Estado —salvo en el caso de los abogados según el artículo 257 de la C. P. modificado por el Acto Legislativo 01 de 2015—, dando apertura a la libre configuración legislativa y, en caso de vacío normativo, por comportar una fuerte restricción a la libertad, deberán estar a cargo del Estado. De hecho, es tan importante esta función y el poder decisivo subyacente que su ejercicio es fuente de discusiones cuando se determina la naturaleza jurídica —particular, pública o mixta— del titular de la función.

Dejando de lado esta discusión, las competencias de reglamentación, inspección y control del ejercicio profesional que se asignan a los particulares, son actividades típicamente administrativas, como la expedición de matrículas, tarjetas profesionales y el registro de los profesionales del ramo respectivo, así como la facultad para investigar y sancionar disciplinariamente a los profesionales —incluso con sanciones sumamente *gravas* como la cancelación de la matrícula o tarjeta profesional—, la facultad para otorgar licencias y permisos de tránsito a profesionales extranjeros, la expedición de su propio reglamento, entre otras (Suárez Tamayo, Posada Puerta y Mejía Londoño, 2012, enero-junio, p. 65).

Sobre la identificación de los particulares que ejercen este tipo de actividades, el profesor David Suárez Tamayo, tras un rastreo exhaustivo de la normativa preconstitucional y posterior a 1991, identificó 29 campos profesionales⁵ donde existen colegios, asociaciones y tribunales profesio-

4 En el mismo sentido, en la sentencia C-307 de 2013, la Corte afirma: “En suma, las funciones públicas de vigilancia profesional pueden estar a cargo de un órgano público o de una asociación privada, según que el Legislador opte por conformar un ente integrado con funcionarios públicos y ubicado en la estructura administrativa del ramo, o que confie tal gestión del interés general a una instancia asociativa particular que funja como colegio profesional”.

5 Sobre el particular, el equipo de Suárez Tamayo destaca como áreas donde se presentan el ejercicio de función administrativa por particulares, las siguientes: economía (Ley 41 de 1969), medicina (Ley 23 de 1981), administración de empresas (Ley 60 de 1981), odontología (Ley 35 de 1989), contaduría pública (Ley 43 de 1990), deporte (Ley 49 de 1993), geografía (Ley 78 de 1993), diseño industrial (Ley 157 de 1994), fonología y terapia del lenguaje (Ley 376 de 1997), estadística (Ley 373 de 1997), administración de empresas agropecuarias (Ley 398 de 1997), arquitectura (Ley 435 de 1998), regencia de farmacia (Ley 485 de 1998), fisioterapia (Ley 528 de 1999),

nales, varios de naturaleza pública, pero con participación de particulares, otros de conformación mixta y algunos —muy pocos— integrados sólo por particulares.⁶

El profesor Suárez Tamayo se concentró en algunas materias, como los tribunales de ética profesional, en un trabajo pionero, del cual se destaca la distinción entre los organismos que tienen funciones administrativas de investigar y sancionar a los profesionales, de manera explícita e implícita, para dimensionar el alcance y la transcendencia del ejercicio de estas tareas por particulares, y para evidenciar que estas competencias tan restrictivas de las libertades no se deben atribuir de manera *implícita* a los particulares.

Sobre el particular, Suárez Tamayo, et al., (2012, enero-junio, p. 44) identificaron que la función de investigar y sancionar se asignó de *manera expresa* en diez supuestos: i) tribunales de ética médica (artículo 73, de la Ley 23 de 1981); ii) tribunales de ética odontológica (artículo 69 de la Ley 35 de 1989); iii) tribunales de ética profesional de veterinaria y zootecnia (artículo 105 de la Ley 576 de 2000); iv) tribunales de ética optométrica (artículo 70 de la Ley 650 de 2001); v) tribunales éticos de archivística (artículo 25 de la Ley 1409 de 2010); vi) la Junta Central de Contadores (artículo 3 de la Ley 43 de 1990); vii) Consejo Profesional Nacional de Ingeniería —COPNIA— (artículo 25 de la Ley 842 de 2003); viii) Colegio Colombiano de Psicólogos (artículo 12 de la Ley 1090 de 2006); ix) Colegio Colombiano del Administrador Público (artículo 6 de la Ley 1006 de 2006), y x) Colegio Nacional de Bacteriología (artículo 7 de la Ley 1193 de 2008).

profesiones internacionales y afines (Ley 556 de 2000), veterinaria y zootecnia (Ley 576 de 2000), optometría (Ley 650 de 2001), ingeniería y profesiones auxiliares (Ley 842 de 2003), deporte, en la prevención y lucha contra doping (Ley 845 de 2003), enfermería (Ley 911 de 2004), terapia ocupacional (Ley 949 de 2005), administración pública (Ley 1006 de 2006), psicología (Ley 1090 de 2006), derecho (Ley 1123 de 2007), talento humano en salud (Ley 1164 de 2007), bacteriología (Ley 1193 de 2008), Terapia Respiratoria (Ley 1240 de 2008), administración policial (Ley 1249 de 2008), ecología (Ley 1284 de 2009) y archivística (Ley 1409 de 2010) (Suárez Tamayo, Posada Puerta y Mejía Londoño, 2012, enero-junio, p. 42).

6 En este grupo se destacan los tribunales de ética médica, los tribunales de ética odontológica, el Tribunal de Ética Optométrica o el Tribunal Ético del Administrador Policial.

Adicionalmente, evidencian que esta función se atribuyó *de manera implícita*, a: i) tribunales de ligas, clubes y federaciones deportivas (Ley 49 de 1993); ii) Tribunal Nacional Ético de Enfermería (artículo 10 de la Ley 266 de 1996 y artículo 39 de la Ley 911 de 2004); iii) Tribunal Nacional y seccional(es) disciplinario(s) de Terapia Ocupacional (artículo 47 de la Ley 949 de 2005); iv) tribunales deontológicos y bioéticos de psicología (Ley 1090 de 2006); v) tribunales bioéticos y deontológicos de bacteriología (Ley 1193 de 2008); vi) Tribunal Nacional y Departamentales de Ética de Terapia Respiratoria (artículo 20 de la Ley 1240 de 2008); vii) Tribunal Ético de Administradores Policiales (artículo 10 de la Ley 1249 de 2008); ix) Consejo Profesional de Administración de Empresas (artículo 9 de la Ley 60 de 1981); x) Consejo Nacional Profesional de Economía (artículo 19 de la Ley 37 de 1990); xi) Junta Central de Contadores (artículo 23 de la Ley 43 de 1990); xi) Colegio Profesional de Geógrafos (artículo 7 de la Ley 78 de 1993); xii) Consejo Profesional Nacional de Arquitectura y sus Profesiones Auxiliares (artículo 24 de la Ley 435 de 1998); xiii) Consejo Profesional Nacional de Fisioterapia (artículo 8 de la Ley 528 de 1999); xiv) Consejo Profesional Nacional de Ingeniería —COPNIA— (artículo 46 de la Ley 842 de 2003); xv) Colegio Colombiano del Administrador Público (artículo 5 de la Ley 1006 de 2006), y xvi) Colegio Nacional de la Profesión de Ecología (artículos 9 y 11 de la Ley 1284 de 2009).

Por otro lado, dentro de las funciones públicas, los autores destacaron actividades netamente *administrativas*, como la expedición de matrículas y registros profesionales, atribuidas a las siguientes autoridades (Suárez Tamayo, et al., 2012, enero-junio, p. 45): i) Consejo Profesional de Administración de Empresas (artículo 4 de la Ley 60 de 1981); ii) Consejo Profesional de Medicina Veterinaria y Zootecnia (artículo 8 de la Ley 73 de 1985); iv) Junta Central de Contadores (artículo 20 de la Ley 43 de 1990); iv) Consejo Nacional Profesional de Economía (artículos 5 y 17 de la Ley 37 de 1990); v) Colegio Profesional de Geógrafos (artículo 7 de la Ley 78 de 1993); vi) Comisión Profesional Colombiana de Diseño Industrial (artículo 2 del Decreto 264 de 1995); vii) Asociación Colombiana de Fonoaudiología y Terapia del Lenguaje (artículo 4 de la Ley 376 de 1997); viii) Consejo Profesional de Estadística (artículo 15 de la Ley 379 de 1997); ix) Colegio Nacional de la Administración de Empresas (artículo 9 de la Ley 398 de 1997), y x) Consejo Profesional Nacional de Arquitectura y sus Profesiones Auxiliares (artículo 10 de la Ley 435 de 1998).

En el mismo sentido, se presentan funciones administrativas en organismos como (Suárez Tamayo, et al., 2012, enero-junio, p. 45): i) Consejo Nacional de Tecnólogos en Regencia de Farmacia (artículo 7 de la Ley 485 de 1998); ii) Consejo Profesional Nacional de Fisioterapia (artículo 8 de la Ley 528 de 1999); iii) Consejo Nacional de Profesiones Internacionales y Afines (artículo 3 de la Ley 556 de 2000); iv) Consejo Técnico Nacional de Optometría (artículo 71 de la Ley 650 de 2001); v) Consejo Profesional Nacional de Ingeniería —COPNIA— (artículo 26 de la Ley 842 de 2003); vi) Colegio Nacional de Terapia Ocupacional (artículo 45 de la Ley 949 de 2005); viii) Colegio Colombiano de Psicólogos (artículo 12 de la Ley 1090 de 2006); viii) Colegio Colombiano del Administrador Público (artículo 5 de la Ley 1006 de 2006); ix) Colegio Nacional de Bacteriología (artículo 7 de la Ley 1193 de 2008); x) Colegio Profesional de Administradores Policiales (artículo 7 de la Ley 1249 de 2008); y xi) Colegio Nacional de la Profesión de Ecología (artículo 9 de la Ley 1284 de 2009).

Como se evidencia, son muchos los supuestos en que los particulares ejercen funciones administrativas, no solo en materias de inspección y vigilancia, sino también de reglamentación del ejercicio profesional, salvo los códigos de ética, que tienen reserva legal, porque limitan el desarrollo de un derecho fundamental. Todos estos supuestos, como lo evidencian las referencias normativas y los autores consultados (Suárez Tamayo, et al., 2012, enero-junio, pp. 68-77), se regulan en *corpus normativos* independientes, especiales y dispersos en el ordenamiento jurídico.

Esta situación permite observar, primero, la falta de reflexión de la atribución de función administrativa a particulares, pues existen diversos supuestos que pasan desapercibidos, siendo aún más difícil la extensión de los controles y las responsabilidades impuestos por el sistema jurídico; y, segundo, en el caso puntual —ejercicio y control de las profesiones—, la necesidad de una regulación homogénea, pues como advierten Suárez Tamayo y su equipo (2012, enero-junio, p. 47), junto a cada regulación especial existen procedimientos administrativos sancionatorios y no sancionatorios diferentes, situación que agudiza la complejidad.

En todo caso, se presenta el estado de la controversia y les corresponderá a la sociedad y al legislador implementar las garantías necesarias a favor de la aplicación de los controles y responsabilidades.

3.4.2. Recaudo y administración de recursos públicos

En el ámbito internacional se destacan estas competencias como atribuciones comúnmente encomendadas a los particulares, especialmente en materia de recaudo. Uno de los supuestos más tradicionales y antiguos del ejercicio de funciones públicas por particulares se relaciona con la actividad desplegada por los recaudadores de impuestos, personas que generalmente eran ajenas al cuerpo estatal. Para abordar esta materia, debe precisarse que por *recursos públicos* se entienden las rentas y recursos de capital que tiene el Estado,⁷ aun cuando para efectos del estudio de esta competencia solo se abordarán los impuestos y los recursos parafiscales.⁸

Frente a la actividad de recaudo, la Corte Constitucional, con fundamento en el numeral 20 del artículo 189 de constitucional —que asigna al Presidente de la República la función de velar por la estricta recaudación, administración e inversión de las rentas y caudales públicos— y en el artículo 123 —que atribuye al legislador la determinación del régimen jurídico de los particulares que desempeñen funciones públicas—, ha determinado que los particulares que recauden impuestos cumplen una función administrativa similar a la de los empleados oficiales que tienen la misma tarea.

En la sentencia C-1144 de 2000, la Corte precisó la relación del agente retenedor con el Estado, en términos de un particular con funciones administrativas: “[...] se entiende que el retenedor es la persona natural o jurídica, contribuyente o no contribuyente, sobre la cual el Estado descarga el ejercicio de una función pública: la obligación de recaudar y consignar a su nombre los dineros materia del tributo”; y esto se reiteró en la sentencia C-009 de 2003: “[...] es un hecho que ni el agente retenedor ni el responsable del impuesto sobre las ventas son contribuyentes de la obligación

7 Desde la Hacienda Pública, los recursos públicos están conformados por las rentas y los recursos de capital: la primera categoría incluye los ingresos corrientes, que a su vez se dividen en tributarios —impuestos— y no tributarios —tasas, multas, contribuciones, rentas contractuales—; los segundos, en cambio, comprenden los recursos del crédito (interno o externo), los rendimientos por operaciones financieras y los recursos del balance del tesoro.

8 Artículo 29 del Decreto 111 de 1996: “Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social y económico y se utilizan para beneficio del propio sector. [...] su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración”.

tributaria [...] *su presencia en la relación contribuyente - fisco corresponde a una función pública*, que por definición amerita un tratamiento especial en los ámbitos de lo administrativo y lo penal”.

En general, se reconoce como función administrativa el recaudo de ingresos parafiscales, donde los recaudadores tienen a cargo su administración y casi siempre otras actividades administrativas —función de fomento—. En los impuestos existe un mayor recelo en reconocer su recaudo como ejercicio de función administrativa por el temor al aumento exponencial de particulares que cumplen funciones administrativas.

En esta línea, se reconoce como usual que los particulares administren recursos parafiscales, pues se concreta una estrategia del Estado para intervenir e impulsar la economía, por ramos y clúster estratégicos, a partir de contratos suscritos entre las entidades privadas que agremian a los beneficiados con los ministerios del ramo, donde se les asigna la administración de estos recursos públicos (Suárez Tamayo, 2010, septiembre, p. 66).

En efecto, el Estado como director general de la economía establece, con carácter impositivo, estas contribuciones en determinados sectores para intervenir en ellos mismos, razón que justifica, por un lado, la categoría de recursos públicos y, por otro, la calificación de la administración de los mismos como una función pública de carácter administrativo.

En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C-308 de 1994 reiteró el precedente consolidado por la Corte Suprema de Justicia en los años setenta frente a los recursos del Fondo Nacional del Café y su administración por la Federación Nacional de Cafeteros, en las sentencias del 14 de octubre de 1970 y del 10 de noviembre de 1977, donde se estableció que “la inversión de recursos del Fondo ‘al servicio de la industria cafetera [...] hace parte de la tarea oficial’” y que por tanto “las atribuciones asignadas por la ley a la Federación Nacional de Cafeteros son funciones públicas y, del mismo modo, que los recursos del Fondo Nacional del Café son ingresos públicos”.

La Corte concluyó que los recursos eran públicos aunque no fueran parte del erario, y que la actividad de la Federación como agente administrador de recursos parafiscales era una función administrativa; actividad que no

se deja a la libre autonomía de la voluntad privada sino que se circunscribe a las finalidades señaladas por el ente estatal.⁹

Este criterio es aplicable a la administración de otros recursos públicos como las tasas provenientes como contraprestación por el ejercicio de una función pública como sucede con las Cámaras de Comercio. La Corte Constitucional reconoce desde la sentencia C-144 de 1993, que el Legislador sujete dicha actividad o servicio a un sistema tributario de tasa; y en la sentencia C-167 de 1995, precisó que estos recursos no ingresan al patrimonio privado de estos particulares ya que “los ingresos que genera el registro mercantil [...] son ingresos públicos (tasa), administrados por estas entidades privadas, gremiales y corporativas, sujetas a control fiscal por parte de la Contraloría General de la República”.

En relación con las actividades de administración de los recursos públicos, debe precisarse que comprende un sinnúmero de actividades, dado que “permite que personas de derecho privado desarrollen actividades de recaudo, administración, fomento, desarrollo, defensa y promoción de un sector de la economía” (Corte Constitucional, 2001, sent. C-543), con unos recursos que, aun cuando recauden los particulares, no se desnaturalizan ni entran a su patrimonio, y, en consecuencia, su gestión debe someterse a las finalidades dispuestas por el Estado y al control fiscal.

Con el otorgamiento de esta función administrativa se concretan los mandatos constitucionales de participación en la gestión pública y una importante política económica de intervención social, fomento, que permea un número tan amplio de sectores como particulares tengan asignada esta función. En este orden de ideas, se destaca el rastreo de tales competencias realizado por Suárez Tamayo y sus colaboradores (2012, enero-junio, p. 68; Suárez Tamayo, 2011, marzo, p. 29), que en esta materia se citan *in extenso* con la finalidad de evidenciar la magnitud de competencias atribuidas y de particulares que ejercen función administrativa.

9 La Corte Constitucional, en la sentencia C-543 de 2001, señaló que: “el Estado ha querido vincular a las entidades gremiales a la gestión de las cargas económicas por ella misma creadas (contribuciones parafiscales) para que manejen los recursos correspondientes a nombre del Estado, y propendan mediante ellos a la satisfacción de necesidades de sectores de la actividad social, *sin que esos recursos por tal circunstancia se desnaturalicen ni puedan ser apartados de sus pristinas e indispensables finalidades*”.

En tal sentido, se presentan: el Colegio Máximo de Academias de Colombia (Ley 103 de 1963); el comandante aeronave (artículos 1805 y 1807 del Decreto 410 de 1971); la cuota de fomento arrocero, cerealista y cacaotero (artículos 1, 3, 5 y 8 de la Ley 67 de 1983); la cuota de fomento panelero a cargo de Fedepanela (artículos 7 y 11 de la Ley 40 de 1990); el Fondo Nacional Riesgos Agropecuarios en manos de Finagro (Ley 69 de 1993); Fedegán frente al Fondo Nacional del Ganado (artículos 3 a 7 de la Ley 89 de 1993); las sociedades administradoras de fondos de pensiones y EPS (artículos 59, 60 y 90 de la Ley 100 de 1993); las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras (artículos 29 y 30 de la Ley 101 de 1993); el Fondo de Fomento Cerealista —Fenalce— (artículo 3 de la Ley 114 de 1994); el Fondo de Fomento del Frijol Soya y la Comisión de Fomento Cerealista con integración mixta (artículos 4 y 5 de la Ley 114 de 1994); el Fondo Nacional Avícola —Fenavi— y la Junta Directiva del Fondo Nacional Avícola de integración mixta (artículos 6 al 9 y 12 de la Ley 117 de 1994); el Fondo Nacional de Fomento Hortifrutícola —Asohofrucol— (artículos 5 al 9 de la Ley 118 de 1994 y Ley 726 de 2001); el Fondo de Fomento Algodonero (artículos 3 y 9 de la Ley 219 de 1995); la Junta Directiva del Fondo Nacional de Porcicultura de integración mixta (artículo 6 de la Ley 272 de 1996), y el Fondo Nacional de Porcicultura y la Asociación Colombiana de Porcicultores (artículos 4, 5, 7 y 8 de la Ley 272 de 1996).

Asimismo, Suárez Tamayo, et al., (2012, enero-junio, p. 29), destacan: el Fondo Promoción Turística (artículos 40, 42 y 45 de la Ley 300 de 1996); la administración del Fondo Nacional Cacaotero (artículo 1 de la Ley 321 de 1996); la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ahorro con integración mixta (artículos 1 y 15 de la Ley 432 de 1998); el Consejo Nacional de Economía Solidaria de integración mixta (artículos 21 y 22 de la Ley 454 de 1998); el Fondo Nacional de Economía Solidaria o la Junta Directiva de integración mixta (artículos 23 y 27 de la Ley 454 de 1998); la contribución parafiscal de la esmeralda —Fedesmeraldas— (artículo 101 de la Ley 488 de 1998); el Fondo Nacional del Tabaco —Fedetabaco— (artículos 2 a 4, 6 y 8 de la Ley 534 de 1999), y el Comité Directivo del Fondo Nacional del Tabaco con integración mixta (artículos 9 y 10 de la Ley 534 de 1999); el Fondo de Fomento Cauchero —Fedecaucho— (artículos 5 a 7 y 9 de la Ley 686 de 2001), y la fiducia de administración sobre el Fondo de Reposición y Renovación del Parque Automotor de Servicio Público de Transporte Terrestre de Pasajeros (artículos 1 a 3 de la Ley 688 de 2001).

Incluso, se incluyen a las autoridades tradicionales que prestan servicios de seguridad social en pueblos indígenas (artículo 4 de la Ley 691 de 2001) y las Administradoras Indígenas de Salud (art. 14 de la Ley 691 de 2001); como otros fondos, instituciones y, en general, supuestos de esta atribución: el Fondo de Fomento para la Mujer Rural (artículos 10 y 11 de la Ley 731 de 2002); las cajas de compensación familiar (artículos 3, 4, 7 y 16 de la Ley 789 de 2002) y la Comisión de seguimiento y verificación de políticas de generación de empleo con integración mixta (artículos 45 y 46 de la Ley 789 de 2002); la Junta Directiva del Fondo Nacional de Garantías con integración mixta (artículo 242 de la Ley 795 de 2003); el Fondo para el Desarrollo Cinematográfico (artículos 5 a 9 de la Ley 814 de 2003); las cámaras de comercio que administran recursos provenientes de servicios públicos delegados (artículo 23 de la Ley 905 de 2004); los concesionarios para construcción de proyectos de infraestructura vial, como peajes (artículos 21 y 30 de la Ley 105 de 1993); los peajes y la sobretasa ambiental (artículo 3 de la Ley 981 de 2005), y el recaudo de impuesto para el turismo (artículo 5 de la Ley 1101 de 2006).

En estos supuestos sobresale la justificación de la denominada *descentralización por colaboración*, que consiste en la intervención de los particulares en el logro de los cometidos estatales, pero también la participación en la gestión de los intereses gremiales o sectoriales, que se facilita al otorgarse a entidades que, generalmente, agrupan a la mayoría del sector social o económico a intervenir. En fin, con estos supuestos se evidencia el marco de expansión de la función administrativa que se traslada a los particulares, que conlleva la transferencia de actividades y tareas de gran relevancia para la gestión pública y las diversas actividades administrativas, como este supuesto, el recaudo y administración de recursos públicos.

3.4.5. Actividades de asesoría y colaboración de la administración

Este grupo de actividades las destaca Suárez Tamayo (2011, marzo) como un bloque particular de atribuciones de funciones administrativas, que se concreta cuando “el legislador crea órganos consultivos o asesores del Estado, o entidades conformadas por servidores públicos y particulares para cumplir funciones de asesoría, consultivas, dar conceptos previos a la autorización y puesta en vigencia de planes y programas” (p. 66). En este sentido, la atribución de funciones se concreta en un ente de participación

mixta, donde el Estado y los particulares o la sociedad trabajan mancomunadamente en pro de intereses u objetivos comunes.

No obstante, la denominación de estas actividades se presta para confusiones, pues si bien el término *asesoría* precisa un mínimo común denominador de los supuestos, la *colaboración* constituye un término tan amplio e indeterminado que podría calificar todos los supuestos de participación en la gestión pública, incluyendo la función administrativa en manos de particulares. Incluso, se utiliza para cualificar la calidad del contratista (artículos 3 y 5 de la Ley 80 de 1993) y se propone por la doctrina española como noción que delimita todas las funciones administrativas desarrolladas por particulares (Fernández García, 2005).

En el caso concreto, Suárez Tamayo (2011, marzo) considera que son manifestaciones del principio de participación, pero duda que se trate de atribuciones de función administrativa, pues esta siempre conlleva la participación, pero no a la inversa: “El solo hecho de colaborar con la Administración no implica necesariamente la atribución de funciones administrativas, pero sí una participación e intervención en asuntos públicos - administrativos” (p. 66).

En este sentido, en la doctrina se destacan dos posiciones: la primera considera que la participación del particular en determinado organismo no constituye el ejercicio de función administrativa porque esta reside en el órgano que él integra, generalmente colegiado, y no en el particular, observado individualmente (Fernández García, 2005, p. 27); en cambio, para la segunda posición, sí implican el ejercicio de función administrativa, bajo la modalidad de inserción en “órganos estatales” (Santamaría Pastor, 2004, p. 466; Younes Medina, 2010, p. 200), por tanto, el sujeto extraestatal, al entrar al órgano administrativo y desarrollar las funciones previstas, cumple funciones administrativas. Este no es el único rol que asume el particular, quien también participa en la gestión pública y representa a determinado gremio, profesión o sector social, por eso un sector de la doctrina justifica su calificación como una manifestación del “neocorporativismo” (Younes Medina, 2010, p. 91).

Esta segunda posición se avala tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional. El Consejo de Estado en concepto del 9 de septiembre de 1994 sobre la naturaleza y régimen del personal del Consejo Profesional de Agentes de Viajes y Turismo precisó: “[...] los particulares,

integrantes ad honorem del Consejo, por actuar en cumplimiento y con ocasión de una función pública, les será aplicable, en lo pertinente, el régimen legal prescrito para los servidores públicos” (1994, septiembre 9). También, en el concepto 1031 del 28 de noviembre de 1997, al precisar la naturaleza del Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y Arquitectura: “Dichos Consejos difieren, por supuesto, de aquellos que cumplen en las entidades descentralizadas funciones directivas o de gobierno o administración de la respectiva entidad, que por ello mismo se denominan Juntas o Consejos Directivos, *de los cuales forman parte también, particulares que transitoriamente ejercen funciones públicas”* (1997, noviembre 28).

Por su parte, la Corte Constitucional reconoce la actividad de los particulares que participan en órganos mixtos como manifestación del principio de participación y el ejercicio de la función administrativa, al incorporar modalidades de ésta última actividad bajo los conceptos de autoadministración, incorporación en órganos administrativos y el ejercicio privado de funciones públicas (2002, sent. C-482 y C-233; y 2004, sent. C-914).

En ese orden de ideas, las actividades de asesoría y colaboración que realizan los particulares y la administración pública como manifestación del ejercicio de la función administrativa se concreta generalmente en los consejos superiores de la administración, resultando justificable “bien como fruto de conocimiento del ramo, o por la representación de intereses privados” (Vidal Perdomo, 1997, p. 97), en el marco de una política de concertación y consenso con las autoridades estatales. También se presenta en los consejos superiores y profesionales, comisiones, comités, colegios profesionales y particulares bajo otras nominaciones.

Estos supuestos desarrollan infinidad de materias y reflejan la magnitud de la intervención de los particulares en la gestión pública y la revaluación de la función administrativa como actividad tradicionalmente estatal. Esta situación se evidencia con el rastreo legislativo realizado por Suárez Tamayo y sus colaboradores hasta el año 2008, y en supuestos legislativos que se identifican con posterioridad.

Al respecto, Suárez Tamayo y sus colaboradores (2010, septiembre, p. 68) identifican los siguientes supuestos de asesoría y colaboración con la administración: La Academia Colombiana de Jurisprudencia (Ley 55 de 1964, artículo 2); el Consejo Profesional de Economía, de integración mixta (Ley 37 de 1990, artículos 4 y 5) y la Sociedad Colombiana de

Economistas (artículo 12 *ibidem*); el Consejo Técnico de la Contaduría Pública, de integración mixta (Ley 43 de 1990, artículos 29, 30 y 33), los contadores públicos (artículos 1 y 10 *ibidem*) y la Junta Central de Contadores, con integración mixta (artículos 15, 16, 20, 22 y 29, *ibidem*); el Consejo Nacional de Educación Superior, con integración mixta (Ley 30 de 1992, artículos 34 a 36) y la Junta directiva del ICFES, con integración mixta (artículos 40 y 41, *ibidem*); la Comisión Nacional de Policía y Participación Ciudadana, con integración mixta (Ley 62 de 1993, artículos 26 a 28); la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores, con integración mixta (Ley 68 de 1993, artículos 1 a 3); la Academia Colombiana de Ciencias Económicas (Ley 77 de 1993); el Colegio Profesional de Geógrafos, con integración mixta (Ley 78 de 1993, artículos 6 a 8).

También se encuentran las Juntas Administradoras Locales y Corregidores (Ley 136 de 1994, artículos 118 a 140) y la participación en el desarrollo de las organizaciones comunitarias, cívicas, profesionales o de utilidad común no gubernamentales (artículo 141, *ibidem*); el Consejo Nacional de Planeación (Ley 152 de 1994, artículos 8, 9 y 12) y el Consejo Territoriales Planeación, con integración mixta (artículos 33 a 35, *ibidem*); la Comisión Profesional Colombiana de Diseño Industrial, con integración mixta (Ley 157 de 1994, artículos 7 y 8); los órganos consultivos en materia agronómica y forestal (Ley 211 de 1995, artículo 10); el Colegio Profesional de Químicos Farmacéuticos (Ley 212 de 1995, artículo 7); la Comisión de Expertos en materia de medio ambiente (Ley 261 de 1996, artículo 1); el Consejo Técnico Nacional de Enfermería, con integración mixta (Ley 266 de 1996, artículos 1, 6 y 7); la Comisión Nacional de Concertación de Políticas Laborales y Salariales, con integración mixta (Ley 278 de 1996, artículos 2 y 5); jardines botánicos (Ley 299 de 1996, artículo 9) y el Consejo Nacional Agropecuario y Agroindustrial, con integración mixta (Ley 301 de 1996, artículos 2 a 4)

Adicionalmente, se presentan: el Consejo Técnico Nacional de Optometría de integración mixta (Ley 372 de 1997, artículos 6 y 7); los órganos asesores y consultivos sobre Fonoaudiología y Terapia del Lenguaje (Ley 376 de 1997, artículo 8); la Asociación Colombiana de Estadísticos (Ley 379 de 1997, artículo 17); el Consejo Consultivo de Ordenamiento (Ley 388 de 1997, artículo 29); el Patronato Colombiano de Artes y Ciencias (Ley 433 de 1998, artículo 1); el Consejo y Comité Nacional de Paz (Ley 434 de 1998, artículos 3, 6y 7); el Consejo Nacional de Economía Solida-

ria, con integración mixta (Ley 454 de 1998, artículos 21 y 22); el Consejo Nacional de Tecnólogos en Regencia de Farmacia (Ley 485 de 1998, artículo 7); las instituciones financieras (Ley 517 de 1999, artículos 3 y 4); el Consejo Superior de Vivienda, con integración mixta (Ley 546 de 1999, artículos 6 y 7); el Consejo Superior y Regional de Pequeña y Mediana Empresa —Consejo Superior de Microempresa—, con integración mixta (Ley 590 de 2000, artículos 3 a 6); la asistencia técnica directa rural —Umata— (Ley 607 de 2000, artículos 2, 4, 6 y 8); el Comité de Integración Territorial, con integración mixta (Ley 614 de 00, artículos 4 y 5); el Consejo Asesor de Política Minera (Ley 658 de 2001, artículos 343 y 344); la Auditoría externa de las empresas de servicios públicos (Ley 689 de 2001, artículo 6); el Comité de Desarrollo y Control Social, con integración mixta, y Vocales (Ley 689 de 2001, artículos 10 y 11); la Comisión Nacional del Ejercicio de la Cosmetología, con integración mixta (Ley 711 de 2001, artículos 13 a 15); los organismos de acción comunal (Ley 743 de 2002, artículos 1, 19, 20, 45 y 46); la Comisión de Seguimiento y Verificación de Políticas de Generación de Empleo, con integración mixta (Ley 789 de 2002, artículos 45 y 46); las veedurías ciudadanas (Ley 850 de 2003, artículos 1, 4, 15 y 17); el Consejo Superior Aeronáutico (Ley 105 de 2003, artículo 49), el Consejo de Seguridad Aeronáutico (artículos 50 y 51 *ibidem*) y el Consejo Regional Aeroportuario (artículo 52 *ibidem*); y la Comisión de Tránsito y Participación Ciudadana (Ley 1310 de 2009, artículo 11).

A los supuestos señalados por el profesor Suárez Tamayo y sus colaboradores, deben adicionarse otros casos que se identifican con posterioridad en un rastreo de la legislación nacional, así: la Comisión Intersectorial de Seguridad Alimentaria y Nutricional —CISAN— con composición mixta (Ley 1355 de 2009, artículo 15); el Consejo Nacional de Bioética (Ley 1374 de 2010, artículo 3); los Consejos Territoriales y Nacional de Asesoría del Cáncer Infantil (Ley 1388 de 2010, artículos 14 y 15); el Comité de Ordenamiento Territorial y el Sistema Nacional de Migraciones (Ley 1454 de 2011, artículo 5 y Ley 1464 de 2011, artículo 5); el Comité de Promoción, Clasificación y Seguimiento para el Uso de Videojuegos (Ley 1554 de 2012, artículo 6); el Comité de Promoción Fílmica de Colombia (Ley 1556 de 2012, artículo 7); el Consejo Consultivo de la Industria Turística (Ley 1558 de 2012, artículo 8), el Comité Directivo de Turismo (artículo 20 *ibidem*) y el Consejo Superior de la Microempresa (artículo 10 *ibidem*); la Comisión en relación con la trazabilidad animal (Ley 1659 de 2013); el Comité Nacional de Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos (Ley

1672 de 2013, artículo 12); la comisión encargada de darle impulso y preservar el Festival Iberoamericano de Teatro de Bogotá (Ley 1686 de 2013, artículo 3), y el Consejo Consultivo de Seguridad Vial (Ley 1702 de 2013, artículo 15.4).

3.4.4. En actividades contractuales

Esta categoría se fundamenta en la forma usada para atribuir las funciones a los particulares; por ello, son múltiples las materias que se encuentran en su interior, varias aceptadas como ejercicio de esta función —recaudo y administración de recursos públicos—, mientras que otras son controvertidas por no implicarla necesariamente —contratos de servicios públicos, contratos de prestación de servicios, concesiones, fiducias o encargos fiduciarios—.

Esta categoría se justifica porque un sector de la doctrina considera que la prestación de servicios públicos constituye ejercicio de función administrativa y porque para la Corte Constitucional es uno de los supuestos de descentralización por colaboración, posición asumida desde la sentencia C-144 de 1993, donde se analizó la naturaleza de las cámaras de comercio y los recursos percibidos con ocasión de la prestación del servicio de registro; en la sentencia C-866 de 1999, donde se estudió el régimen general de atribución de funciones administrativas a particulares, y hasta la sentencia C-863 de 2012, al calificar la actividad de los notarios como modalidad de ejercicio de funciones administrativa, en razón a la prestación del servicio público que prestan a la comunidad¹⁰ y la sentencia T-171 de 2013, donde la Corte reitera el artículo 365 como uno de los fundamentos de la descentralización por colaboración.

Otro conjunto de actividades que merecen tratarse en esta categoría es el relacionado con las excepciones a la prohibición del artículo 355 de “decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”,¹¹ de modo que la atribución a los particulares de

10 En la materia existe una línea jurisprudencia consolidada en las providencias: C-144 de 1993, C-308 de 1994, C-166 y C-167 de 1995, C-181 de 1997, C-866 de 1999, C-482 de 2002, C-819 de 2004, T-690 y C-909 de 2007, C-259 de 2008, C-863 de 2012 y T-171 de 2013.

11 En la sentencia C-372 de 1994, la Corte analiza el caso de las fundaciones y corporaciones mixtas; y en la sentencia C-506 de 1994, en materia de ciencia, tecnología y cultura.

los recursos y tareas de promoción o realización de tales fines, permite la realización de actividades públicas por parte de particulares; ello, con la salvedad prevista sobre la dificultad de delimitar las actividades de función administrativa y las de interés general.

Para Tafur Galvis (1993, p. 65), la prestación de servicios públicos y el desarrollo de los contratos para el cumplimiento de las actividades de interés público previstas en el artículo 355 de la Constitución son supuestos donde se presenta la *colaboración convencional o contractual* para el ejercicio de funciones administrativas por particulares. En el mismo sentido, Suárez Tamayo (2010, septiembre, p. 68) ubica dentro de esta categoría las actividades realizadas con fundamento en el artículo 355 constitucional, pero advierte que es un caso controvertido, pues aunque se permite a los particulares impulsar programas y actividades de interés público, no todos implican el ejercicio de funciones administrativas.

Ahora bien, la magnitud de este fenómeno se evidencia en la amplitud de sectores donde se presenta, con prevalencia de los supuestos de recaudo y administración de recursos parafiscales, para lo cual se acude a los supuestos destacados por el profesor Suárez Tamayo (2010, septiembre, pp. 68-ss) y otros caso novedosos después del año 2008 como las asociaciones público privadas (Ley 1508 de 2012), así

- Ley 67 de 1983, artículos 1, 3, 5 y 8 (cuota de fomento arrocero, cerealista y cacaotero).
- Ley 40 de 1990, artículos 7 y 11 (Fedepanela, cuota de fomento panadero).
- Ley 89 de 1993, artículos 3 a 7 (Fedegán, Fondo Nacional del Ganado).
- Ley 101 de 1993, artículos 29 y 30 (contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras).
- Ley 114 de 1994, artículo 3 (Fondo de Fomento Cerealista, Fenalce).
- Ley 117 de 1994, artículos 6 a 9 (Fondo Nacional Avícola, Fenavi), y 12 (Junta Directiva del Fondo Nacional Avícola).
- Ley 118 de 1994, artículos 5 a 9 (Fondo Nacional de Fomento Hortifrutícola, Asohofrucol).

- Ley 138 de 1994, artículos 3, 6 y 9 (Fondo de Fomento Palmero, Fedepalma), y 12 (Comité Directivo del Fondo de Fomento Palmero).
- Ley 219 de 1995, artículos 3 y 9 (Fondo de Fomento Algodonero).
- Ley 272 de 1996, artículo 6 (Junta Directiva del Fondo Nacional de Porcicultura, integración mixta), y 4, 5, 7 y 8 (Fondo Nacional de Porcicultura, Asociación Colombiana de Porcicultores).
- Ley 300 de 1996, artículos 40, 42 y 45 (Fondo de Promoción Turística).
- Ley 321 de 1996, artículo 1 (administración del Fondo Nacional Caacotero).
- Ley 488 de 1998, artículo 101 (contribución parafiscal de la esmeralda, Fedesmeraldas).
- Ley 534 de 1999, artículos 2, 3, 4, 6 y 8 (Fondo Nacional del Tabaco, Fedetabaco).
- Ley 686 de 2001, artículos 5, 6, 7 y 9 (Fondo de Fomento Cauchero, Fedecauchero).
- Ley 688 de 2001, artículos 1 a 3 (fiducia de administración sobre el Fondo de Reposición y Renovación del Parque Automotor de Servicio Público de Transporte Terrestre de Pasajeros).
- Ley 731 de 2002, artículos 10 y 11 (Fondo de Fomento para la Mujer Rural).
- Ley 814 de 2003, artículos 5 a 9 (Fondo para el Desarrollo Cinematográfico).

Y, en otros ámbitos, contratos previstos en las siguientes normas (Suárez Tamayo, 2010, septiembre, pp. 68-ss):

- Decreto Ley 1333 de 1986, artículos 375 y 376 (contratos con organizaciones comunitarias).
- Ley 37 de 1993, artículo 3 (contrato de concesión para el servicio de telefonía móvil celular).
- Ley 80 de 1993, artículo 56 (contratistas, interventores, asesores y consultores).

- Ley 105 de 1993, artículo 3 (contrato de concesión para el servicio transporte público) y 30 (contratos de concesión para construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial).
- Ley 489 de 1998, artículos 96 y 110 a 114 (convenios del 355 y de atribución de función administrativa).
- Ley 555 de 2000, artículos 4 y 5 (contratos de concesión de servicios de comunicación personal).
- Ley 594 de 2000, artículos 1 a 4, 12 y 14 (contratos para servicios de custodia, organización, reprografía y conservación de documentos de archivo y administración de archivos históricos).
- Ley 617 de 2000, artículo 18 (contratación entre entidades territoriales).
- Ley 658 de 2001, artículos 1, 14, 15, 45, 58, 83, 91, 150, 166 a 169, 177 a 179 y 185 (contratos de concesión minera).
- Ley 769 de 2002, artículos 3 y 7 (convenio de delegación de funciones de tránsito), 8 (concesión para el manejo del RUNT) y 135 (contratos para el cobro de multas).
- Ley 858 de 2003, artículo 1 (contratos para la promoción de la minería).
- Ley 914 de 2004, artículo 3 (contrato para administración del Sistema Nacional de Información e Identificación de Ganado Bovino).
- Ley 941 de 2005, artículos 20 y 32 (contratos de prestación de servicio de defensoría pública).
- Ley 1122 de 2007, artículo 40 (contratos de auditoría de la Superintendencia Nacional de Salud).
- Ley 1286 de 2009, artículos 12 y 13 (consejo asesor de Colciencias, integración mixta), y 22 (contrato de fiducia para la administración del Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación).
- Ley 1508 de 2012, en relación con las asociaciones público privadas.

Aunque los contratos que entregan la gestión de los recursos parafiscales son casos claros de atribución de funciones administrativas a particulares, en los demás supuestos —el segundo grupo— existe una fuerte tendencia a la asignación de funciones administrativas, pero para tener certeza se exige revisar el caso concreto —el objeto contractual y las obligaciones a cargo—, pues no siempre implica el traslado de funciones administrativas.

Conforme a lo anterior, se evidencia un amplísimo panorama de ámbitos materiales para que al particular se le atribuyan funciones públicas, pues los *contratos* constituyen un criterio formal que permite la inclusión de sectores y actividades inabarcables, salvo que tengan restricciones de orden legal. En tal sentido, resultará pertinente indagar —en un espacio futuro— si en todos estos casos se extienden efectivamente los controles y responsabilidades consagrados para el particular que cumple función administrativa.

3.4.5. Actividades de certificación, fe pública, registro y licencias

Este conjunto de actividades tienen en común la satisfacción de la necesidad colectiva de la seguridad de los actos jurídicos a través de la fe pública, la acreditación de determinadas situaciones fácticas —verbigracia, títulos de idoneidad en las profesiones, condiciones de la construcción de conformidad con el POT— y la garantía de la publicidad. Estas actividades se atribuyen a los particulares generalmente junto a otras funciones públicas, salvo el caso de los notarios que tienen, por regla general, la función fedante consagrada en el artículo 131 constitucional.

Estas actividades en manos de los particulares suelen ser accesorias, razón que justifica el mínimo grado de desarrollo temático en la doctrina y la jurisprudencia. Con todo, el profesor Suárez Tamayo (2010, septiembre, p. 68), con fundamento en la casuística de estas atribuciones, caracteriza su dimensión y los sujetos particulares que la desarrollan, al considerar que varios de estos casos coinciden con las atribuciones en materia de inspección y control de las profesiones, ocupaciones, artes y oficios, dado que los particulares a quienes se delegan estas funciones agremian a todos los profesionales de que se trate, facilitando el registro de los mismos de manera más efectiva y eficiente.

En efecto, principios como la eficiencia, la eficacia y la economía justifican la atribución de funciones a los particulares, como en el manejo de las profesiones, las cámaras de comercio, las entidades de certificación de firmas digitales, el registro de dominios.com; pero también en razones de orden material, social e histórico, como la atribución que se realiza a los notarios; o, por la especialidad y la técnica en el conocimiento, en supuestos como las licencias de conducción, las licencias de construcción, o los certificados de aptitud psicofísica para el porte y la tenencia de armas.

Dentro de estos supuestos, hay una gran variedad de casos normativos identificados por el profesor Suárez Tamayo y sus colaboradores (2010, septiembre, pp. 68-ss), así:

- Decreto Ley 960 de 1970, artículo 3 (notarios).
- Decreto 410 de 1971, artículos 78 y 86 (cámaras de comercio); 1495, 1498, 1499 y 1501 (capitán de nave); y 1805 y 1807 (comandante de aeronave).
- Ley 43 de 1990, artículos 1 y 10 (contadores públicos).
- Ley 1150 de 2007, artículo 6 (cámaras de comercio).
- Ley 43 de 1990, artículo 15 (Junta Central de Contadores).
- Ley 78 de 1993, artículos 6 a 8 (Colegio Profesional de Geógrafos).
- Ley 299 de 1996, artículos 4 y 9 (Instituto de Investigaciones de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt y Red Nacional de Jardines Botánicos).
- Ley 211 de 1995, artículos 6 y 7 (Consejo Nacional Profesional de Profesiones Agronómicas y Forestales).
- Ley 212 de 1995, artículo 7 (Colegio Profesional de Químicos Farmacéuticos).
- Ley 266 de 1996, artículo 13 (Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia).
- Ley 372 de 1997, artículos 6 y 7 (Consejo Técnico Nacional de Optometría).
- Ley 376 de 1997, artículo 4 (Asociación Colombiana de Fonoaudiología y Terapia del Lenguaje).

- Ley 379 de 1997, artículos 14 a 16 (Consejo Profesional de Estadística).
- Ley 388 de 1997, artículo 101; y Ley 400 de 1997, artículo 15 (curadores urbanos).
- Ley 427 de 1998, artículos 2, 4 y 8 (administración y registro de libros genealógicos).
- Ley 435 de 1998, artículos 9 y 11 (Consejo Profesional Nacional de Ingeniería).
- Ley 485 de 1998, artículo 7 (Consejo Nacional de Tecnólogos en Regencia de Farmacia).
- Ley 527 de 1999, artículos 30, 32 y 33 (entidades de certificación de firmas digitales).
- Ley 528 de 1999, artículos 7 y 8 (Consejo Profesional Nacional de Fisioterapia).
- Ley 588 de 2000, artículo 1 (notarios).
- Ley 658 de 2001, artículo 335 (delegación de registro minero).
- Ley 769 de 2002, artículos 8 (concesión para el manejo del RUNT) y 17 (licencias de conducción).
- Ley 810 de 2003, artículo 9 (curadores urbanos).
- Ley 841 de 2003, artículo 5 modificado por Ley 1193 de 2008, artículo 1 (Colegio Nacional de Bacteriología).
- Ley 949 de 2005, artículos 45 y 47 (Colegio Nacional de Terapia Ocupacional).
- Ley 1006 de 2006, artículo 5 (Colegio Colombiano del Administrador Público).
- Ley 1090 de 2006, artículo 12 (Colegio Colombiano de Psicólogos).
- Ley 1164 de 2007, artículos 9 y 10 (colegios profesionales de la salud en materia de talento humano).
- Ley 1193 de 2008, artículo 7 (Colegio Nacional de Bacteriología).
- Ley 1249 de 2008, artículo 7 (Colegio Profesional de Administradores Policiales).

- Ley 1284 de 2009, artículo 9 (Colegio Nacional de la Profesión de Ecología).
- Ley 1409 de 2010, artículo 12 (Colegio Colombiano de Archivistas).
- Ley 1539 de 2012, artículo 1 (certificado de aptitud psicofísica para el porte y tenencia de armas, institución especializada registrada y certificada ante autoridad respectiva).

Aunque con estas actividades es más fácil determinar la existencia de funciones administrativas y que las personas estén en contacto, ello no significa que tengan claridad de que se trata de particulares con funciones administrativas, razón por la cual toma gran relevancia su identificación con el fin de extenderles el régimen jurídico correspondiente, tanto en sus actuaciones, como en los controles y responsabilidades.

3.4.6. Actividades que no tienen un común denominador

Esta categoría, como su nombre lo indica, agrupa las materias que no tienen un común denominador, y se refiere a los supuestos en que la ley atribuye función administrativa a un particular, califica una atribución de esta manera o es uno de los supuestos reconocidos por la Corte Constitucional, que no se integran a las demás categorías. En ellas se identifican algunas relacionadas con el ejercicio profesional; la participación y representación en órganos administrativos —supuestos que podrían calificarse de *asesoría y colaboración*—; y todas las actividades que no puedan agruparse en los criterios previamente señalados.

En este grupo, el profesor Suárez Tamayo (2010, septiembre, p. 68) identifica las siguientes disposiciones normativas contentivas de atribuciones de la función administrativa, así:

- Decreto Ley 410 de 1971, artículos 1495 y 1498 (capitán de nave).
- Decreto Ley 1222 de 1986, artículos 278 y 279 (juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales, y de las sociedades de economía mixtas de los departamentos).
- Decreto Ley 1333 de 1986, artículos 157 a 163 (juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales de los municipios).

- Ley 142 de 1994, artículos 35, 57, 116 a 118 y 154 (empresas de servicios públicos domiciliarios).
- Decreto 111 de 1996, artículo 42.¹²
- Ley 658 de 2001 (capitanes de puerto —son oficiales de la Armada—).
- Ley 691 de 2001, artículo 4 (autoridades tradicionales prestan servicios de seguridad social en pueblos indígenas).
- Ley 715 de 2001, artículo 39 (docentes directivos con rol de supervisores y directores de núcleo).
- Ley 769 de 2002, artículo 10 (manejo del SIMIT por parte de la Federación Colombiana de Municipios).
- Ley 789 de 2002, artículos 3, 4, 7 y 16 (cajas de compensación familiar).
- Ley 1105 de 2006, artículo 7 (actos de aceptación, rechazo, prelación y calificación de créditos del liquidador).
- Ley 1328 de 2009, artículo 13 (defensor del consumidor financiero).

En estos supuestos se refleja la diversidad de materias previstas para la función administrativa, donde es claro el ejercicio de la función, y otras que, si bien no reciben una calificación explícita, conllevan notas de autoridad, superioridad y poder de decisión que permiten catalogarlas como supuestos de función administrativa por particulares. Por supuesto, la problemática y el reto de esta calificación residen en la extensión del régimen jurídico de sus actuaciones, controles y responsabilidades.

3.4.7. Materias que suscitan fuertes controversias

En este acápite se pone de presente que la calificación de función administrativa para las actividades que realizan los particulares, en los casos previamente señalados, no tiene una aceptación uniforme, pues en tal delimitación surge una zona de penumbra y controversia, por varias razones de carácter ideológico, puesto que se considera que determinada actividad

12 Artículo 42 del Decreto 111 de 1996: “Las funciones públicas a que se refieren, entre otros, los artículos 13, 25, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 61, 64, 67, 68, 69, 70, 79, 366 y 368 de la Constitución Política, podrán realizarse directamente por los órganos del Estado o a través de contratos por organizaciones o entidades no gubernamentales de reconocida idoneidad”.

no es una función administrativa, o aceptándose esta cualificación no hay acuerdo sobre su realización por una persona ajena al Estado, o la extensión de su régimen jurídico de actuaciones, controles y responsabilidades.

Al respecto, se encuentra un amplio conjunto de actividades —casi todos los supuestos de particulares que ejercen funciones administrativas generan inquietudes—; sin embargo, sobresalen los servicios públicos domiciliarios, el cobro coactivo y las actividades de autorregulación.

Sobre los *servicios públicos domiciliarios*, la discusión gira en torno a su calificación como función administrativa, aspecto abordado en el primer capítulo del presente libro, donde se concluyó que la prestación de servicios públicos, domiciliarios y no domiciliarios a cargo del Estado constituye ejercicio de función administrativa, aun cuando tenga un régimen especial y su regulación sea ajena al marco general de atribución de esta función previsto en la Ley 489 de 1998; en cambio cuando está a cargo de los particulares no es ejercicio de función administrativa, salvo que se ejerzan prerrogativas públicas.

En relación con *la función de cobro coactivo*, la complejidad se presentó por su determinación como función administrativa o jurisdiccional, controversia en la que no hay dudas con la expedición del CPACA —artículos 98 y siguientes— de que se trata de una función administrativa. Sin embargo, la Corte Constitucional señala que la atribución de esta función a personas externas de las entidades no puede vaciar el contenido las funciones de la entidad, y considera que esta actividad solo podría ser desarrollada por los agentes estatales.¹³

La *actividad de autorregulación* hace referencia a los ámbitos de organización que se desarrollan fuera del ente estatal. Su calificación como función administrativa genera controversia porque esta actividad es, en principio, privada y solo tiene relevancia para el ordenamiento jurídico cuando se le reconocen efectos jurídicos. En tal sentido, es viable su procedencia en razón de las competencias que se otorgan o reconocen a determinadas

13 La Corte Constitucional, en la sentencia C-224 de 2013, declaró inexecutable el artículo 66 de la Ley 1480 de 2011, que facultaba a las superintendencias de Industria y Comercio y Financiera y a las alcaldías, para contratar particulares que adelanten los procedimientos de cobro coactivo respecto de las multas impuestas por la violación del Estatuto del Consumidor. De este modo sigue la línea trazada en la sentencia C-666 de 2000.

autoridades, generalmente privadas, para regular una actividad y le confieren consecuencias jurídicas relacionadas con su obligatoriedad.¹⁴ En todo caso, este supuesto amerita mayor reflexión y rigor crítico, porque la potestad normativa es una de las tareas más resguardadas por el ordenamiento jurídico.

La intervención de los particulares en el ejercicio de funciones administrativas reviste todo tipo de inquietudes y controversias, no podría hablarse de ámbitos y actividades en las que no existan cuestionamientos en razón de su relevancia, impacto y prerrogativas a cargo. Vivimos una época de transformaciones para el Estado y el poder público que revalúa sus instrumentos y titulares; en este trabajo se han proyectado las materias cuyo ejercicio es común y las más controvertidas, para evidenciar la dimensión de este fenómeno, pero cada materia tiene sus particularidades y sería merecedora de un estudio propio, particular y concreto.

3.5. Referencias bibliográficas

Chávez Marín, A. (2012). *Los convenios de la administración. Entre la gestión pública y la actividad contractual*. 2.^a ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Consejo de Estado. (1994, septiembre 9). Sala de consulta y servicio civil. Concepto. Radicado 630.

_____. (1997, noviembre 28). Sala de consulta y servicio civil. Concepto. Radicado 1031.

Corte Constitucional. (1992). Sentencia C-606.

_____. (1994). Sentencia C-579.

_____. (1995). Sentencias C-315; C-038.

_____. (1996). Sentencia C-020.

_____. (1997). Sentencias C-091; C-050.

_____. (1998). Sentencias C-496; C-251.

_____. (1999). Sentencia C-866.

_____. (2000). Sentencia C-1144.

14 La Ley 1336 de 2009 establece competencias de autorregulación para los servicios turísticos y servicios de hospedaje turístico, como medida contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución.

____. (2001). Sentencia C-543.

____. (2002). Sentencias C-233; C-482.

____. (2003). Sentencias C-1150; C-009.

____. (2004). Sentencias C-819; C-1002; C-914.

____. (2006). Sentencias C-340; C-470.

____. (2008). Sentencia C-259.

____. (2011). Sentencia C-644.

____. (2013). Sentencia C-307.

Fernández García, A. (2005). *Participación y colaboración ciudadana en la administración agraria*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

Hernández, P. A. (1999). *Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia*. Bogotá: Legis.

Merkel, A. (2004). *Teoría general del Derecho Administrativo*. Granada: Comares.

Moncada, J. C. (2005). Los convenios de atribución de funciones administrativas a particulares en Colombia. ¿Un caso de huida del derecho administrativo hacia el derecho común? *Revista Estudios de Derecho*, vol. 62, núm. 140, pp. 171-213. Disponible en <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/332211>.

Penagos, G. (2004). *Derecho Administrativo. Nuevas tendencias*. Tomo I. 5.^a ed. Bogotá: Doctrina y Ley.

Rodríguez, L. (2017). *Derecho Administrativo general y colombiano*. 20.^a ed. Bogotá: Temis.

Santamaría Pastor, J. A. (2004). *Principios de Derecho Administrativo*. Vol. I. 3.^a ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Suárez Tamayo, D. (2010). Particulares que cumplen funciones administrativas en Colombia. *Letras Jurídicas*, vol. 15, núm. 2, pp 15-98.

____. (2011). Particulares que ejercen funciones administrativas: el caso de particulares que administran recursos para fiscales. *Letras Jurídicas*, vol. 16, núm. 1, pp. 39-56.

Suárez Tamayo, D.; Posada Puerta, M. F. y Mejía Londoño, P. (2012). Particulares que ejercen funciones administrativas: el caso de los tribunales de ética profesional. *Opinión Jurídica*, vol. 11, núm. 21, pp. 39-56.

Tafur Galvis, A. (1993). *La Constitución de 1991 y la modernización del Estado colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Vidal Perdomo, J. (1997). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis.

Younes Medina, D. F. (2010), *Consejos superiores de la administración, neocorporativismo y participación orgánica*. Trabajo de grado de Maestría en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad del Rosario.

Younes Moreno, D. (2004). *Panorama de las transformaciones del Estado y de la administración pública*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

Régimen jurídico de las actuaciones de los particulares en ejercicio de la función administrativa

La función administrativa por particulares no es un fenómeno reducido ni intrascendente en el derecho administrativo contemporáneo. Su amplitud desborda las fronteras de los casos típicamente reconocidos, en contraste con la multiplicidad de supuestos, permanentes y temporales, que desarrollan actividades de gran importancia en la gestión pública.

Por la extensión de este fenómeno y el reconocido consenso de que la función administrativa es el objeto —o uno de los objetos— del derecho administrativo, y de que los particulares no pierden su calidad de *particulares*, es necesario determinar si en este caso sus actuaciones se rigen por el derecho administrativo —prevalencia del criterio funcional— o el derecho privado —prevalencia del criterio orgánico—. La cuestión que nos ocupa es determinar: ¿Cuál es el régimen jurídico de las actuaciones de los particulares que ejercen función administrativa?

Con este propósito, se analizará si sus actos jurídicos son de carácter ordinario, o si se extienden las formas de actuación del Estado —acto, operación, omisión y contrato administrativo—; y se estudiarán las particularidades de sus actos y contratos. Desde ya se defiende como tesis que la función administrativa por particulares, a pesar de encontrarse en variadísimos supuestos y modalidades, *se debe regir en su integridad por unos mismos principios*, razón que justifica en este intersticio del derecho público —en

razón de la función— y privado —en razón del sujeto—, la presencia de un régimen jurídico especial de derecho público - administrativo.

4.1. Caracterización de sus actuaciones: Extensión o huida del derecho administrativo

El estudio de las actuaciones o parte dinámica de los particulares en ejercicio de función administrativa tiene como presupuesto fundamental que el particular conserva su calidad subjetiva dentro del ordenamiento y, al mismo tiempo, la función pública también se mantiene independientemente de su titular. Bajo este presupuesto, se realizará un análisis las actuaciones de los particulares, su fundamento y conveniencia, las implicaciones derivadas de la aplicación de los principios de la función administrativa y, en general, la preceptiva que la posibilita, dirige y controla, bajo la noción de autoridad pública y la presencia de un régimen jurídico especial intrínseco en la función administrativa.

4.1.1. *Distinción entre las actuaciones ordinarias y administrativas*

Una de las mayores dificultades de los juristas cuando se enfrentan a instituciones que ostentan elementos del derecho ordinario y público radica en la determinación de las disposiciones que lo rigen. Estos casos de frontera se presentan, por un lado, frente a las entidades de naturaleza pública que se rigen por el derecho privado —empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta—, y, por otro, en las entidades de naturaleza privada que tienen funciones públicas —especialmente administrativas—. La dificultad surge porque la naturaleza del sujeto no se desvirtúa por las funciones públicas bajo su titularidad.

Esta *distinción* implica en el derecho privado la existencia de hechos jurídicos y la teoría del acto o negocio jurídico, mientras que en el derecho público surgen categorías especiales cualificados como hechos *administrativos*, no se habla de *actos jurídicos* civiles u ordinarios, sino de *actos administrativos*; y surgen las categorías de *omisiones*, *operaciones administrativas* y contratos *administrativos* o *estatales*. Se considera que las primeras corresponden a las actuaciones de los entes privados o sometidos al derecho privado, mientras las segundas corresponden a las entidades públicas o sometidas al derecho administrativo.

La distinción no es meramente teórica o conceptual, pues de ella derivan diversas consecuencias jurídicas relacionadas con el *procedimiento aplicable*,¹ las *acciones jurisdiccionales*, *medios de control* y *régimen jurídico para sus actuaciones*. Pero, para comprender las categorías aplicables, se debe resolver una cuestión previa: ¿Cuál es el fundamento de la distinción de las actuaciones ordinarias y las administrativas?

La *distinción de actuaciones* se sustentó, en principio, en el componente orgánico del Estado, frente al cual, a diferencia de los particulares, no se establecían relaciones en un plano de igualdad sino de desigualdad —por los privilegios y prerrogativas—, por ende, sus relaciones no eran de coordinación sino de subordinación (Jèze, 1949, p. 6); en segundo lugar, se fundamentó en el principio de legalidad de las actuaciones del Estado por oposición al principio de libertad de los particulares; y, en tercer lugar, en la necesidad de proteger la separación de poderes, blindando las actuaciones del poder ejecutivo frente a la intervención del poder jurisdiccional —típica en el absolutismo y la Edad Media— (Penagos, 1996, p. 15), a partir de las cuales surgió una jurisdicción especial, encargada de su control, y se fundamentó la existencia de un derecho especial: el administrativo.

Sin embargo, cuando los particulares realizan funciones administrativas surgen interrogantes: ¿El criterio material permite extender el derecho administrativo a los particulares? ¿Se conserva el fundamento de la especialidad de esta rama del derecho cuando entes no estatales ejercen las funciones administrativas? ¿Acaso se deben regir los particulares por el derecho ordinario? ¿Qué justifica que a los particulares se les extienda un derecho especial que surgió para regir las actuaciones del Estado y para proteger las actuaciones del poder ejecutivo frente a los otros órganos del Estado? En otros términos, ¿por qué extenderle o no a un particular que se rige por el derecho ordinario un derecho especial, cuando cumple funciones administrativas?

Sobre la extensión de estas categorías debe precisarse que surgieron apoyadas en una concepción subjetiva y se han ampliado por una concepción

1 Para Gastón Jèze (1949, p. 4), la diferencia de nociones es consecuencia de la distinción de *procedimientos*, que surge con ocasión de la especialidad del derecho administrativo.

material, dentro del mismo cuerpo estatal, pero pueden extenderse a los particulares, *si subyacen las mismas razones de su vigencia*. Nociones como posición de superioridad, prerrogativas del poder público, aplicación del derecho administrativo o incluso el ejercicio de funciones administrativas —en sí mismo—, son algunas de las causas que justifican su utilización. De hecho, frente a los particulares se afirma, de manera comúnmente inapropiada, que se rigen por el derecho administrativo o cumplen función administrativa porque expiden actos administrativos, y que expiden actos administrativos porque se rigen por el derecho administrativo o cumplen función administrativa, cuando lo que realmente ocurre es que subyace un criterio de autoridad legislativa, que cualifica tales actuaciones o funciones bajo las características de este derecho especial.

El efecto práctico de estas categorías es la extensión del derecho administrativo a los particulares que tengan a cargo esta función, y si no se adopta residirá en la huida de la función administrativa del régimen de derecho administrativo. En consecuencia, lo que está en juego es la aplicación de los principios de la función administrativa y, en caso de no existir una regulación especial, la aplicación de las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo *versus* la autonomía de la voluntad, con las únicas limitaciones que señalen la ley y las normas de orden público.

En esta línea, *la conveniencia de una u otra categoría* reside en la adopción del régimen más garantista de los derechos en un Estado Social y Constitucional de Derecho, de los fines encomendados a la función administrativa y de los límites y controles a su ejercicio. Ante la pregunta: ¿Cuál es el régimen *más* garantista de los derechos, la función administrativa, sus límites y controles?, se responde, sin lugar a dudas, *que el régimen de derecho administrativo*. Al respecto, Fabián Marín Cortés y Gaspar Ariño Ortiz encuentran que el derecho privado en manos del Estado —también de los particulares con función administrativa— pone en riesgo la garantía de los derechos fundamentales (Marín Cortés, 2008, p. 222) y los principios conaturales al derecho público —principio de legalidad, respeto de los derechos fundamentales, un régimen financiero especial y un control judicial independiente y especializado (Ariño Ortiz, 2003, p. 110)—, que constituyen una suerte de *reserva constitucional de derecho público - administrativo*.

Así, se defiende la conveniencia del derecho público y se desmitifica la creencia en la mayor eficacia de la Administración cuando actúa sujeta al Derecho Privado (Del Saz Cordero, 1994, enero-abril, p. 65), al encontrar que el derecho privado no sirve para garantizar el cumplimiento de tales principios, por ser el reino de la libertad, de la autonomía de la voluntad, de la libre disposición y de la arbitrariedad (potencialmente) (Ariño Ortiz, 2010, p. 113). Así, frente a los servicios públicos domiciliarios, se encuentran *apuestas a favor del derecho público - administrativo* sobre el derecho privado por “ser más garantizador de los derechos, por ser su finalidad la defensa del interés público-general, y por ser más efectivo en el límite y control al ejercicio del poder” (Suárez, 2010, p. 77).

En estos términos, se evidencia la importancia de extender las garantías de un derecho especial, el derecho administrativo, para la función administrativa, indistintamente del titular estatal o no estatal, de naturaleza pública o privada, por ser un derecho más garantista de los derechos de los ciudadanos y de los límites del poder público.

4.1.2. La función administrativa por particulares: Bajo el régimen de las autoridades públicas

En Colombia, como en otras latitudes, se presenta un *encuadramiento* (Ariño Ortiz, 1973, p. 14) o *adaptación* de este fenómeno dentro de la estructura y el funcionamiento del poder público. Así, no se desvirtúa la identidad del ente privado para atribuirle la calidad de público no estatal; por ello, teorías sobre la administración corporativa o autoadministración —propias del derecho español— que absorben al particular dentro de la estructura estatal,² no tienen acogida dentro del país. En Colombia, la calidad de *particular* queda incólume y se acude a una equiparación bajo una categoría más general, la de *autoridad pública*.

En efecto, el Decreto 01 de 1984 en su ámbito de aplicación incluyó a todos los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes, las entidades descentralizadas, los órganos autónomos “así como a las entidades privadas, cuando unos y otras cum-

2 Para Roberto Molano (2005, p. 349), en Colombia algunas supuestos son manifestaciones de la *administración corporativa* como la Federación Nacional de Cafeteros, las cámaras de comercio y los colegios profesionales.

plan funciones administrativas” y prescribió que “Para los efectos de este código, a todos ellos se les dará el nombre genérico de autoridades”.

Esta categoría se enmarca en una institución más amplia, *las autoridades*, expresión polifacética en el ordenamiento jurídico, pero con un mínimo común denominador: la imagen de poder de decisión y mando (Marín Cortés, 2017, p. 143). Se divide en públicas o privadas, de donde se destaca la dualidad de calidades que puede ostentar un particular, autoridad pública si ejerce funciones públicas y autoridad privada, en ejercicio de sus actividades como particular.

Bajo esta noción no se desnaturaliza su calidad de ente privado, sino que se extiende el régimen de derecho administrativo, en razón del control jurisdiccional y la necesidad de un régimen jurídico especial. Esta calidad solo se concreta en el particular cuando ejerce función administrativa, pues si realiza actividades diferentes se regirá por el derecho ordinario.

La Ley 1437 de 2011 también integra a las entidades públicas con los particulares en ejercicio de funciones administrativas bajo la noción de *autoridades* y precisa, en el artículo 2, que “Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código”.

4.1.3. Un régimen jurídico de carácter especial intrínseco: La aplicación de los principios de la función administrativa

En primer lugar, independientemente de la calificación como autoridades o no, el ejercicio de función administrativa conlleva particularidades en su régimen jurídico, con ocasión de los principios establecidos en la constitución, el estatuto administrativo y demás normas que rigen *la función administrativa*, porque es la materia y no la calidad del sujeto, el criterio que define la extensión de estos principios.

En este sentido, los principios del artículo 209 constitucional se aplican a los particulares (Suárez Tamayo, 2010, septiembre, p. 83) aunque se regieran por el derecho ordinario y sin normas especiales; de modo que estos principios siempre establecerían un marco normativo diferente al común. Tales pautas se prescriben así: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios

de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

También son aplicables los principios y finalidades establecidos en la Ley 489 de 1998, porque el legislador reguló *el ejercicio de la función administrativa* y vinculó a los particulares cuando cumplan esta función en *lo pertinente*, criterio que incluye los artículos 3 y 4, que reiteran el artículo 209 constitucional y establecen como finalidad de la función administrativa “la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política” reiterando que las “personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general” (artículo 4).

En segundo lugar, la calificación de *autoridades* implica la adopción de un criterio material para la aplicación del estatuto administrativo y del derecho administrativo, de modo que los principios del CPACA se les extienden a los particulares con funciones administrativas, con ocasión del reconocimiento legal de un régimen especial para sus actuaciones, sin tal disposición serían aplicables las normas del derecho ordinario.

En este sentido, el Decreto 01 de 1984 ya establecía un conjunto de principios generales de las actuaciones administrativas al buscar “el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley” y que “Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera” —artículos 2 y 3—.

El estatuto de 1984 definió una orientación política tendiente a consagrar unas disposiciones diferentes a las comunes para sus actuaciones y equiparables a las dispuestas para las entidades públicas, situación que toma mayor independencia y fuerza vinculante con la Constitución de 1991.

El artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 reiteró que los principios son aplicables a *todas las autoridades* como pautas de interpretación y aplicación en las actuaciones y procedimientos administrativos; dentro de ellos, incluyó: el debido proceso, la igualdad, la imparcialidad, la buena fe, la morali-

dad, la participación, la responsabilidad, la transparencia, la publicidad, la coordinación con las entidades públicas, la eficacia, la economía y la celeridad. Igualmente, son aplicables los derechos y deberes de las autoridades y de las personas —en sus relaciones— establecidos en el CPACA.

En consecuencia, los particulares que ejerzan función administrativa deben respetar estos principios, posición que reafirmó la Corte Constitucional en la sentencia SU-1010 de 2008, al precisar que las empresas de servicios públicos y los particulares con funciones administrativas están vinculados a estos principios y exigencias constitucionales.

Ahora bien, ¿pueden extenderse a los particulares los principios de la función administrativa, y el derecho administrativo, aunque no adopten las categorías especiales para sus actuaciones —hechos, operaciones administrativas y contratos estatales—? La respuesta es sí, porque lo que cambiaría sería el régimen jurídico de su configuración, el cual no sería absolutamente el derecho ordinario, sino una especie de *derecho administrativo privado* o *derecho privado administrativo* (Schmidt-Assmann, 2003, pp. 303-304), toda vez que los principios de esta función introducirían modulaciones y matices al ejercicio de la autonomía de la voluntad privada. Situación que, en todo caso, culminaría con la existencia de un régimen jurídico especial.

Esta conclusión no está exenta de controversias, especialmente en la teoría del acto administrativo —incluso del contrato estatal— donde ha prevalecido la tradición del monopolio estatal en su producción y la justificación de un derecho especial y, por ende, los actos y contratos de los particulares por antonomasia corresponden al derecho ordinario. Lo que sin duda conllevaría a la huida del derecho público hacia el privado, por los controles y la jurisdicción especial para su juzgamiento, con las consecuencias que implicaría juzgar un acto expedido en ejercicio de la función administrativa solo con los principios del derecho ordinario, la primacía de la libertad y la autonomía de la voluntad privada. Por esta razón, estos conceptos deben reevaluarse y, ante la fenomenología administrativa, deben adoptar como criterio determinante la *función administrativa*.

La aplicación del CPACA constituye la reafirmación de un derecho especial para la función administrativa tanto en manos estatales como no estatales. Ello confirma la fuerza vinculante, autonomía e independencia del derecho administrativo, que si se extiende a las entidades de naturaleza

privada, con mayor razón a los entes de naturaleza pública, aun cuando en muchas de sus actuaciones el ordenamiento les permita la remisión al derecho común u ordinario.

En efecto, fue el legislador, y luego el constituyente quienes otorgaron la función administrativa a los particulares y le atribuyeron un régimen jurídico especial, sujetándolo al régimen de las autoridades públicas y, con ello, extendieron los principios, procedimientos y el control jurisdiccional del derecho administrativo. La adopción del criterio material implica que aun cuando se aplicará el derecho ordinario, la especialidad del régimen jurídico se mantendría intacta, pues los principios de esta función irradiarían la preceptiva legal aplicable, formando un régimen especial, por qué no, de derecho administrativo.

4.2. Expedición de actos administrativos en el marco de la función administrativa por particulares

La historia del acto administrativo es la misma del derecho administrativo, pues aquel es su epicentro; toda variación del derecho administrativo inicia o culmina con alguna transformación en la teoría del *acto administrativo* y la expansión del ejercicio de funciones administrativas. Esta situación exige justificar, fundamentar y delimitar su ejercicio por sujetos fuera de la rama ejecutiva o poder público, especialmente, por sus actuaciones y consecuencias jurídicas. Con este propósito se abordarán la justificación, el reconocimiento y las implicaciones de la expedición de los actos administrativos por particulares en Colombia.

4.2.1. Adaptación necesaria de la teoría del acto administrativo: Titularidad de los particulares que ejercen funciones administrativas

Para evidenciar los cambios aceptados con el ejercicio de funciones administrativas por particulares, se hace necesario revisar los fundamentos y razones de la teoría del acto administrativo, advirtiendo que su noción surgió al albor de la Revolución Francesa (Bocanegra Sierra, 2004, p. 23) como epicentro de un derecho especial para la Administración que se conserva en la actualidad, a pesar de los cambios y transformaciones del derecho administrativo. Sin embargo, el contenido de su noción no sigue

siendo el mismo —no puede ser el mismo—, pues ha de adaptarse a los cambios de la cultura jurídica.

Ahora bien, si en la actualidad los particulares tienen a cargo funciones públicas de carácter administrativo, donde ejercen las mismas prerrogativas otrora exclusivas del Estado y/o actúan en nombre del poder público que les asignó una función de esta naturaleza, ¿Cuál debe ser el régimen de sus actos jurídicos —de derecho privado, administrativos, o una categoría especial—?

El mayor problema no es calificar estas actuaciones sino adoptar el régimen jurídico que toda cualificación le atribuye. Una de las consecuencias más importantes de la atribución de función administrativa a los particulares reside en la calificación de sus actuaciones unilaterales que producen efectos jurídicos como *actos administrativos*. Esta situación revaluó el criterio orgánico por el material y no ha sido pacífica.

En el ámbito internacional, un gran sector de la doctrina es reacio a admitir esta posibilidad, al conservar un criterio orgánico de la función administrativa, matizando esta posición al incluir a los particulares que cumplen funciones administrativas dentro del organigrama de la administración pública como entes públicos no estatales, ejerciendo estas atribuciones *en nombre de la Administración*.

Al respecto, Garrido Falla (1994), el mayor representante de esta posición, precisa que si bien en Francia tiene cabida la expedición de actos administrativos de particulares por los pronunciamientos de su Consejo de Estado, en España resulta innecesaria esta construcción dogmática porque: i) no existe diferencia frente a otras empresas que no tienen a cargo un servicio público; ii) las entidades privadas cuando utilizan poderes coactivos lo hacen bajo control de la administración pública; y iii) el fenómeno solo es aparentemente novedoso porque estas instituciones se califican como corporaciones públicas (p. 54).

En cambio, la doctrina mayoritaria reconoce la producción de actos administrativos, pero solo cuando los particulares actúan como *delegados de la administración* (García de Enterría y Fernández, 2008, p. 529). Un sector minoritario considera que no son actos administrativos *stricto sensu* porque su producción no se somete a las mismas reglas de fondo y procedimiento, y reciben esta categoría *en el sentido puramente procesal*, para permitir su

fiscalización por la administración y la jurisdicción (Santamaría Pastor, 2004, p. 140).

Esta particularidad es destacada por Cassagne (2002) para negar la expedición de actos administrativos: “no es posible que entidades no estatales dicten actos administrativos, ya que aun reconociendo que el Derecho Público pueda regular a veces sus actividades (*v.gr.* personas públicas no estatales), estas no poseen el mismo régimen que los actos administrativos” (p. 92).

No debe olvidarse que el reconocimiento del ejercicio de funciones administrativas por particulares reside históricamente en la evolución del poder estatal y la amplitud de sus funciones, las cuales en razón de su materia y fuerza impulsaron la adopción de *actos administrativos* en manos de particulares. Por eso, esta calificación les otorga el mismo régimen jurídico a las actuaciones del Estado y de los particulares porque materialmente son iguales y el particular ya no actúa en nombre del Estado sino del poder público.

Que la calificación sea *stricto sensu* o solo para efectos procesales es algo que dirá cada ordenamiento. En todo caso, la doctrina no solo niega o restringe esta posibilidad, sino que reconoce su procedencia al adoptar un criterio material: “El acto administrativo es dictado en ejercicio de la función administrativa, sin importar qué órgano la ejerce. El acto puede emanar de cualquier órgano estatal que actúe en ejercicio de la función administrativa (ejecutivo, legislativo y judicial), e incluso de entes públicos no estatales” (Dromi, 1998, p. 201).

Indiferencia por el sujeto que ubica la función administrativa en el corazón del acto administrativo; verbigracia, para Gordillo (2013), un acto administrativo es “una declaración realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos directos” (p. 217), y afirma que si en el marco de esta función se encuentran sujetos no estatales, estos también producen actos administrativos (p. 212).

En consecuencia, existe una tendencia hacia la concepción material de los actos administrativos y, por ende, del derecho administrativo. En Colombia existe un fuerte consenso sobre la expedición de actos administrativos por particulares, de acuerdo con Fabián Marín Cortés, Carlos Alberto Atehortúa, Libardo Rodríguez (2017, p. 33), Jaime Orlando Santofimio

Gamboa (2017, p. 537), Álvaro Tafur Galvis, Gustavo Penagos (1996, p. 80), Jaime Vidal Perdomo y Óscar Aníbal Giraldo (2010).

En este sentido, Gustavo Penagos (1996) habla de *función administrativa de entes no estatales* en el marco de la adopción de un criterio material del acto administrativo (p. 80), y señala que *los actos administrativos no son patrimonio exclusivo de las instituciones estatales* porque existen personas públicas no estatales que profieren actos administrativos, como la Federación Nacional de Cafeteros y las Cámaras de Comercio.

Una posición particular presenta Atehortúa (2012, p. 46), quien diferencia cinco supuestos de particulares con funciones relevantes para la gestión pública: i) con *funciones públicas*; ii) que *prestan servicios públicos*; iii) que administran *bienes del Estado*; iv) que *administran recursos públicos* y v) que *participan* en las entidades estatales y públicas. Según el autor, en la primera categoría lo relevante es la posibilidad de expedir actos administrativos y en las demás categorías, su expedición solo es excepcional.

Con una posición crítica, Marín Cortés advierte la necesidad de una noción de acto administrativo que incorpore que también se expiden por los *particulares cuando desempeñan funciones públicas* (s. e., p. 9) y señala que la distinción de la dualidad de actuaciones obedece a un juicio político práctico: delimitar el objeto de control de la jurisdicción administrativa. En esta línea, destaca como escenario problemático la delimitación de los actos administrativos y los civiles, frente a las actuaciones de los particulares que cumplen funciones administrativas y de las entidades públicas cuando actúan en el escenario del mercado económico y la competencia, advirtiendo que existen actos recurrentes que aunque materialmente representan lo mismo, reciben calificaciones diferentes —por ejemplo, el nombramiento o despido de un empleado, e incluso la decisión de contratar con determinada persona—.

Ahora bien, ¿qué sentido tiene calificar como actos administrativos los actos de los particulares cuando ejercen la función administrativa? Su sentido radica en la asignación de prerrogativas —potestad declarativa unilateral, presunción de legalidad y carácter ejecutorio— y en la existencia de un control jurisdiccional especial, diseñado para contener el poder público y prevenir su arbitrariedad. En consecuencia, la expedición de *actos administrativos* tiene como fin práctico la creación de un régimen jurídico especial, para efectos de regular y controlar su existencia y validez como

presupuesto de distinción entre los actos administrativos y los actos jurídicos de los particulares.

4.2.2. Reconocimiento de la producción de actos administrativos por particulares en ejercicio de función administrativa en Colombia

La jurisprudencia de las altas cortes —Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado— fue la encargada de reconocer el ejercicio de funciones administrativas por particulares y, como consecuencia, la expedición de actos administrativos, en un contexto con una arraigada concepción orgánica del poder público. Los primeros pronunciamientos fueron en el marco de la Ley 167 de 1941, estatuto administrativo que defendía un fuerte criterio orgánico, frente al cual la realidad de las actuaciones de la Federación Nacional de Cafeteros y las cámaras de comercio sentaron las bases de una concepción material.

La Corte Suprema de Justicia en 1960, 1970 y 1977 determinó el carácter *sui generis* de la Federación Nacional de Cafeteros, al indicarse que, a pesar de ser un ente privado, gozaba de naturaleza administrativa, razón por la que profería actos administrativos.³ Esta posición fue el punto de partida para la adopción del criterio material de la función administrativa. Al respecto, Penagos (1985, p. 142) señaló que el Consejo de Estado, en sentencia del 10 de febrero de 1978, destacó la naturaleza de la Federación en el contexto propio de la Segunda Guerra Mundial, donde a los *comités de organización* y órdenes profesionales se les atribuyó la prestación de servicios públicos, razón por la que se les aplicaron los principios del derecho público y se extendió la concepción material en la producción de los actos administrativos.

El Decreto Ley 01 de 1984 reconoció de manera implícita que los particulares expedían actos administrativos cuando ejercen funciones administrativas al imponerles las normas que regulan el procedimiento administrativo y contencioso administrativo, incluyendo expresamente dentro de las actividades sujetas a control los hechos, operaciones, omisiones, *actos* y

3 Sentencia del 20 de octubre de 1977, donde se reiteraron las sentencias del 5 de agosto de 1960 del Consejo de Estado, y del 14 de octubre de 1970 (Cf: Corte Constitucional, 2008, sent. C-259; y Penagos, 1985).

contratos provenientes de los particulares que ejerzan funciones administrativas —artículos 82 y 83—.

La doctrina calificó como innovador el reconocimiento de la función administrativa por particulares porque revaluó las concepciones tradicionales del derecho administrativo, dejando atrás el criterio orgánico de esta función y del acto administrativo:

ya no podrá decirse como antes, que el acto administrativo es el acto jurídico de la administración pública, noción esta que evidentemente se quedaba corta ante la realidad de nuestra organización jurídica. *Hoy será más propio señalar que el acto administrativo es el acto jurídico de ejercicio de la función administrativa.* Función administrativa que puede ser ejercida directamente por el Estado o también directamente en ocasiones por los particulares (Tafur Galvis, 1997, p. 318).

Desde 1984 se reconoce expresamente que las decisiones unilaterales de los particulares en ejercicio de funciones administrativas no son actos jurídicos civiles sino *actos administrativos*, susceptibles de control judicial ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Situación reiterada en los artículos 123 y 210 constitucionales, al permitir el desmonte del criterio orgánico-estatal de esta función; y en la Ley 1437 de 2011, que en los artículos 2 y 104 incluyeron la función administrativa por particulares dentro de su ámbito de aplicación y como objeto de la jurisdicción especial.

Además de los estatutos procesales, la Ley 489 de 1998 estableció las condiciones del ejercicio de esta función por particulares y precisó, en el artículo 112, que el régimen de sus actos unilaterales corresponde al del acto administrativo: “No obstante, los actos unilaterales están sujetos en cuanto a su expedición, y requisitos externos e internos, a los procedimientos de comunicación e impugnación a las disposiciones propias de los actos administrativos”; asimismo, la Ley 1474 de 2011 incluyó, en el artículo 44, una definición legal de ejercicio de función pública para delimitar los particulares disciplinables, que se presenta “entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, *expida actos unilaterales* o ejerza poderes coercitivos”.

Finalmente, la adopción de esa posibilidad es pacífica en la doctrina y la legislación, siendo la jurisprudencia quien la reconoció así y reafirmó desde los primeros años de la Constitución de 1991. En efecto, la Corte Cons-

titucional en la sentencia C-166 de 1995 reiteró la adopción de un criterio material en la producción de los actos administrativos por particulares en ejercicio de funciones administrativas y vinculó su expedición al régimen de derecho administrativo.

La facultad reconocida a entidades privadas de producir actos administrativos revela la inaplicabilidad del criterio subjetivo u orgánico para determinar la naturaleza del acto, la cual se deduce, ante todo, del contenido de la función realizada en lo que se advierte la evidente primacía de un criterio material que define la índole administrativa del acto y, de contera, la aplicación de la normatividad propia del derecho administrativo en las etapas de formación, notificación, impugnación y control.

El acto administrativo generado por entidades o personas privadas en el ejercicio de funciones públicas, supone una amplia base de legitimidad si se repara en su autor, así como probabilidades de una más fácil ejecución y, una búsqueda de mayor eficacia a partir de la participación de los propios administrados en la tareas de la administración; a esa eficacia contribuye, sin dubitación alguna, el régimen de derecho público que le es aplicable; disciplina jurídica que a su vez garantiza el respeto de los derechos de las personas involucradas en la decisión y de terceros afectados quienes podrán solicitar la revisión, modificación o revocatoria del acto en sede administrativa, y en todo caso, acudir ante la jurisdicción que conoce de las controversias suscitadas en relación con los actos administrativos (Corte Constitucional, 1995, sent. C-166; y también en 2003, sent. C-776; 2008, sent. C-259 y C-1085).

La Corte Constitucional admitió la constitucionalidad de esta expresión del poder público y en la sentencia C-085 de 2014 lo reiteró frente a las actuaciones de las entidades privadas que manejan recursos parafiscales: “Las decisiones tomadas en desarrollo de la función de administración y recaudo de contribuciones parafiscales tienen la *naturaleza de actos administrativos*, puesto que son expresión de la voluntad del titular de una función administrativa en ejercicio de sus competencias”.

En estos términos, la legislación y la jurisprudencia reconocieron la expedición de actos administrativos por particulares, otorgando esta denominación y régimen jurídico a sus actuaciones unilaterales en ejercicio de la función administrativa, situación consolidada con las leyes 489 de 1998, 1437 de 2011 y 1474 de 2011. Ahora corresponde determinar las consecuencias de este reconocimiento.

4.2.3. Implicaciones de la expedición de actos administrativos por particulares

Tras admitir que los particulares expiden actos administrativos, se les aplican los principios de la función administrativa y se les extiende el régimen especial previsto por el legislador o, en su defecto, por las disposiciones contempladas en el CPACA. Así, se puede afirmar que el régimen del acto administrativo es el mismo previsto para las demás autoridades públicas estatales.

En consecuencia, se aplican los mismos criterios de análisis y son exigibles los mismos elementos de validez, frente al sujeto, objeto, procedimiento, finalidad y motivación; aunque se presentan algunas particularidades en su concreción. Frente al sujeto —*quién*—, la competencia debe ser clara, expresa y estricta, circunscribirse en términos materiales, temporales, especiales y jerárquicos, definidos en la Constitución, la ley o los actos administrativos que le confieren esta función conforme a la Ley 489, so pena de degenerar en *incompetencia*. En este sentido, la mayor inquietud surge con la competencia jerárquica —si los particulares tienen superiores— para efectos de interponer los recursos de sede administrativa; en tal sentido, salvo norma especial, si esta función se asigna mediante delegación es claro que el particular ocupa el lugar del delegado y, en consecuencia, se determinarán los superiores jerárquicos.

En relación con el objeto —el *qué*—, debe ser la producción de efectos jurídicos y se hace referencia a que debe cumplir ciertos requisitos de existencia, como ser algo cierto, posible, determinado o existente, y estar conforme con los fines del ordenamiento jurídico y el interés general, so pena de devenir en *desviación de poder*.

Con ocasión del procedimiento —el *cómo*—, se deben seguir las normas de procedimiento de carácter especial o las del CPACA, en todos los aspectos relacionados con la formación, expedición, notificación y recursos, para no degenerar en *violación al debido proceso o expedición irregular del acto*. Aquí adquiere gran relevancia la distinción de los momentos en que se ejerce función administrativa, pues en sus actuaciones ordinarias, salvo norma especial, por su naturaleza de particular se guiará por la autonomía de la voluntad privada y podrá tomar decisiones de plano, sin sujetarse a ningún procedimiento.

En la causa o motivo —el *porqué*—, implica que no debe ser una actuación arbitraria, sino soportada en fundamentos fácticos y jurídicos, para no devenir en una *falta o falsa motivación y desviación de poder*. Esta constituye una de las grandes diferencias y cargas que deben asumir estas autoridades, pues incluso con la claridad de su exigencia, en el escenario de las entidades públicas aún existen reticencias a su cumplimiento, especialmente en lo que se refiere al régimen del personal.

Frente a la finalidad —el *para qué*—, debe fundarse en el interés general y en las finalidades específicas previstas para su actividad, para no degenerar en una *desviación de poder*. En tal sentido, cuando la transferencia de funciones se realiza por la vía prevista en la Ley 489, la entidad pública delegante debe ejercer un control directo sobre el cumplimiento *de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular*, ello implica que se extiende el grado o nivel de control en sede administrativa, y aunque ello no afecta la validez de tales actos, servirá para efectos de determinar una acción como la revocatoria directa o la demanda de nulidad ante la jurisdicción.

De estos actos administrativos también se predicen los mismos atributos que cuando provienen de una entidad estatal; esto es, su presunción de legalidad y carácter ejecutorio; y su extinción también se presenta con ocasión del ejercicio de los recursos administrativos, la revocatoria directa, la nulidad decretada por el juez administrativo o su decaimiento.

Finalmente, proceden los mismos recursos en sede administrativa; esto es reposición y apelación, cuando exista un superior funcional. Este último también es un requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción, y su control se encuentra en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, proveniente tanto del destinatario como del autor; —*lesividad*—.

4.3. El régimen contractual de los particulares con funciones administrativas: ¿Entre la huida y la extensión del derecho administrativo?

Que un particular conserve su calidad aún en ejercicio de funciones administrativas, implica *per se* que el régimen jurídico de sus actuaciones es

el derecho privado, salvo norma especial. En el ámbito contractual no surgirían dificultades, por su naturaleza el régimen de sus contratos es el derecho privado, más aún cuando el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública —en adelante EGCAP— se erige sobre la categoría de *contrato estatal* como aquel donde uno de los extremos de la relación, específicamente, la parte contratante es una *entidad estatal* (según el artículo 32), categoría subjetiva que excluye a los particulares, aun cuando cumplan funciones administrativas.

Se podría concluir que el régimen de derecho privado es la *regla* en el ámbito contractual de estos particulares, premisa respaldada en el derecho público, donde una conclusión diferente parecería absurda, porque en el Estado existe una tendencia a recurrir al derecho privado bajo el fenómeno de huida del derecho administrativo, de modo que, si estas entidades privilegian al derecho privado, sería lógico decir que con mayor razón lo hacen los particulares.

Esta premisa aparentemente irrefutable tiene importantes excepciones, donde surge una tendencia a un retorno, vuelta o extensión del derecho administrativo. En tal sentido, se abordarán estas auténticas novedades en el derecho nacional en materia procesal, sustancial y en sectores específicos; y, finalmente, se contextualizará el panorama internacional.

4.3.1. La extensión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el ámbito contractual

Si bien la asignación de funciones administrativas a particulares se reconoce de manera abierta en el Decreto 01 de 1984, la regulación de sus actuaciones ha sido un tópico descuidado por el legislador, que se limitó a reconocer la aplicación de la primera parte del estatuto administrativo en relación con su actividad y le asignó un juez especializado para el conocimiento de sus controversias; pero no precisó nada sobre el ámbito contractual.

De hecho, en los diferentes estatutos contractuales, los decretos leyes 1670 de 1975, 150 de 1976 y 222 de 1983, y la Ley 80 de 1993, con sus principales reformas —Ley 1150 de 2007 y Ley 1474 de 2011—, sobresale el silencio, la omisión y la nula referencia a los particulares con funciones administrativas. Tal situación no sería objeto de reproche porque siempre existiría una regulación aplicable para los particulares: *el derecho privado*.

No obstante, desde 1984 existe una regulación especial del juez de sus litigios, incluyendo los contractuales. El artículo 82 consagró como objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo las controversias “de las entidades públicas, y de las privadas cuando cumplan funciones públicas”; y, con la subrogación del Decreto 2304 de 1989, se extendió su objeto a toda la “actividad” de estos sujetos, reiterándose esto en las leyes 446 de 1998 y 1107 de 2006. El artículo 83 del Código Contencioso Administrativo —CCA—, modificado por el Decreto 2304 de 1989, también lo reiteró, al prescribir que: “La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo juzga [...] *los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto*”.

En este sentido, se extiende el derecho administrativo en sede procesal, porque sin importar el régimen jurídico sustancial de estos contratos, su juez *siempre* será el contencioso administrativo. Situación que se reitera con la Ley 1437 de 2011, que, al definir en el artículo 104 el objeto de la jurisdicción, incluyó los contratos en los que estén involucradas tanto entidades públicas como particulares en ejercicio de función administrativa siempre que se encuentren “*sujetas al derecho administrativo*”. Además, enlista un conjunto de procesos, donde se extiende la jurisdicción para conocer de las controversias y litigios contractuales de sujetos de naturaleza privada, porque ejercen funciones *propias del Estado* o se trata de las *empresas de servicios públicos domiciliarios* cuando incluyeron o debieron incluir en sus contratos *cláusulas exorbitantes*.⁴

Por ende, para los particulares que cumplen funciones administrativas en el campo contractual jurisdiccional, la regla general es una extensión del derecho administrativo procesal, dado que sus litigios y controversias estarán sujetos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, en el ámbito sustancial se presentan alteraciones de tal magnitud que desplazan al derecho privado como régimen contractual.

4 Prescribe el artículo 104: “*De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo... Igualmente conocerá de los siguientes procesos: [...] 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado. 3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes*”.

4.3.2. Extensión de las normas de contratación de las entidades estatales a los particulares con funciones administrativas

Una importante revolución jurídica se presentó con la Ley 489 de 1998 que disciplinó la selección del particular que ejerce función administrativa, y avanzó en la regulación de la materia, al señalar de *manera innovadora* que su régimen contractual es el previsto para las entidades públicas; exigencia con un valor altamente significativo, por extender el EGCAP, fundado en un criterio eminentemente subjetivo, hasta un criterio funcional. En efecto, el artículo 112 prescribió: “[...] *si se celebran contratos por cuenta de las entidades privadas, los mismos se sujetarán a las normas de contratación de las entidades estatales*”.

Esta norma es altamente simbólica al imponer a estos particulares el régimen contractual público, que en el pasado no les era aplicable porque el EGCAP no los incluía como destinatarios. Lo fascinante del fenómeno reside en las tendencias administrativas, donde existe una fuerte orientación hacia la aplicación del derecho privado por parte de las entidades públicas, especialmente en materia contractual, bajo la denominada *huida del derecho administrativo*. Esta disposición, por el contrario, contiene una especie de *retorno, vuelta o extensión del derecho administrativo*, por tratarse de un ámbito que no se sujetaba a este. En lugar de reducirse la aplicación del régimen contractual público, bajo la égida de los regímenes exceptuados o excluidos, se extendió a entes que anteriormente no estaban regidos por esta normativa.

Sin embargo, surgen múltiples interrogantes: ¿Cuál es el ámbito de aplicación del régimen jurídico previsto en la Ley 489 de 1998? ¿Incluye solo a los particulares a los que se les atribuyó la función administrativa bajo la modalidad prevista por la Ley 489 o se les extiende a todos?, y ¿qué implica que se extienda el EGCAP a los particulares que ejercen función administrativa?

Sobre el ámbito de aplicación, aun cuando la Ley 489 regula una sola modalidad de atribución de funciones, las demás disposiciones se extienden a todos los particulares con funciones administrativas, como *marco general y supletivo*, dado que el capítulo XVI de esta ley tiene por objeto la regulación del *ejercicio de funciones administrativas por particulares*, siendo entonces la única regulación expresa, con pretensión de integridad y sistematicidad, en la materia.

La extensión de estas normas a la actividad de los particulares se traduce en la aplicación de: i) los fines de la contratación, ii) los principios, iii) los regímenes de selección de contratista —licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa, contratación de mínima cuantía—, iv) la aplicación de las cláusulas exorbitantes —interpretación, modificación, terminación unilaterales, caducidad, reversión— y liquidación, v) los derechos y obligaciones del contratista y del contratante —el particular con función administrativa—, dentro de las cuales se incluye la supervisión e interventoría, vi) las pautas hermenéuticas de interpretación, y vii) la aplicación de los decretos reglamentarios que lo desarrollan, actualmente el Decreto 1082 de 2015.

Esta conclusión y gran expansión del derecho administrativo contractual no deja de ser problemática. Esta norma parece pasar desapercibida por los particulares que ejercen estas funciones y por la cultura jurídica colombiana, incluso fue desconocida por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en una importante controversia de carácter popular en la que se pretendió la protección del patrimonio público, la moralidad administrativa y la libre competencia económica.

En efecto, el Consejo de Estado, en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, mediante la sentencia del 22 de julio de 2009, negó una acción popular contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y otros, con ocasión del *contrato de licenciamiento* de la marca Juan Valdez en las tiendas que llevan este nombre —activo perteneciente al Fondo Nacional de Cafeteros—, que celebró la Federación Nacional de Cafeteros —como entidad administradora del Fondo— y Procafecol S.A., de quien también es accionista la Federación, con fundamento en la entrega del usufructo de la marca a una sociedad privada sin que mediara un contrato previo y una contraprestación definida.

El *quid* del asunto radicó en que, apelando al derecho privado, se celebró este contrato de manera verbal sin un proceso previo de selección, tal como era exigible en la Ley 489, y el Consejo de Estado, en una decisión muy controvertida,⁵ confirmó la sentencia de primera instancia, aduciendo que las actividades y proyectos del Fondo Nacional de Cafeteros esta-

5 23 magistrados suscribieron la providencia, y se presentaron 6 salvamentos y 5 aclaraciones de voto.

ban a cargo de la Federación, a la cual le aplicaba, como régimen jurídico contractual, el derecho privado:

La ejecución de las actividades y proyectos con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café corresponde directamente a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia o, por vía de contrato, a terceros, caso en el cual el régimen de contratación es el propio del derecho privado y el fijado en el Estatuto de Contratación adoptado por el Comité Nacional de Cafeteros.

Lo particular del caso es que el contrato se celebró en el año 2002 y la Ley 489 de 1998 entró a regir mucho antes, de modo que era aplicable el régimen contractual previsto para los particulares que ejercen funciones administrativas. Por esta razón, era necesario un contrato *escrito* y la selección del contratista por una de las modalidades previstas por la ley. El fallo omitió cualquier referencia al EGCAP como normativa aplicable, en una tendencia compartida por los magistrados que salvaron y aclararon el voto, con salvedad del magistrado Enrique Gil Botero, que señaló como yerro de la providencia la inadecuada aplicación del régimen contractual por considerar aplicable la Ley 489 de 1998.

En su salvamento de voto se explica el alcance del artículo 112 de la Ley 489 de 1998 y precisa el régimen contractual aplicable a los particulares que ejercen funciones administrativas, razón que justifica su cita *in extenso*. Al respecto, señaló:

[...] considero que con la entrada en vigencia de esta norma [Ley 489], el contrato de administración del FNC —de noviembre de 1997— resultó influido por la nueva disposición, por ministerio de la ley, pues al paso que aquél dispone —en la cl. 16— que el régimen jurídico aplicable a los contratos que se celebren para dar cumplimiento de las obligaciones de la Federación es el derecho privado, lo cual se ajustaba a la normatividad vigente en dicho momento, *la Ley 489 estableció un nuevo régimen jurídico, que se impone a todo particular que cumple funciones administrativa*. Esta norma es aplicable al caso concreto, por varias razones:

De un lado, porque el régimen contractual —público o privado— lo define la ley, no las partes del negocio jurídico, de manera que por tratarse de una norma de orden público, una vez entró en vigencia vinculaba a sus destinatarios.

Esta idea exige una precisión adicional. Bien pueden las partes de un negocio acordar que los contratos que se rigen por el derecho privado se sometan a procedimientos complejos de formación, cuya inobservancia generaría un incumplimiento del mismo; *pero lo que no se puede admitir es que las partes alteren el régimen contractual, cuando la situación es la inversa, es decir, cuando la ley prevé, por ejemplo, el régimen público de contratación, y las partes pretenden desatenderlo, para acogerse a otro sistema, como el privado.* [...]

De otro lado, el hecho de que la Nación y la FEDERACIÓN hayan acordado, en el contrato de administración del Fondo, que el régimen contractual con base en el cuál éste debía celebrar los contratos que desarrollaran las actividades a ella encomendadas, fuera el derecho privado, no significa que esto pertenezca al régimen sustantivo del negocio. En otros términos, las partes no pueden alegar que en 1997 el régimen contractual era el derecho privado, y que por tanto así debe permanecer durante la vigencia del negocio jurídico. El error de este argumento radica en que las partes de un contrato no pueden definir el régimen jurídico aplicable a los negocios que hacia el futuro celebre una de las partes, en nombre de la otra, porque claramente se trata de una materia reservada a la ley.

En este sentido, el legislador puede modificar esta materia, a su arbitrio razonable, y los contratos futuros deberán seguir los procedimientos y requisitos que se defina en esa oportunidad.

Estas dos ideas gobiernan el caso concreto, pues la ley modificó, soberanamente, la forma de celebrar los contratos que desarrollan la función administrativa, en manos de particulares, cuando contratan con recursos públicos, norma que aplicaba a los contratos que se celebraran en el futuro. Este es el caso del “*contrato verbal*” que celebraron PROCAFE-COL SA. y la Federación, el cual se acordó y empezó a ejecutar en el año 2002, es decir, 4 años después de entrar en vigencia de la ley 489, y que por cierto no podía ser verbal sino por escrito.

Se considera que la extensión del EGCAP a los particulares fue una decisión legislativa, de orden público, indisponible, inmodificable e inderogable por las partes, de ahí que su desconocimiento constituya una flagrante violación del ordenamiento. Sin embargo, la decisión y posición, arrolladoramente mayoritaria, consideró que el derecho aplicable era el privado; arguyó que el contrato podía ser verbal y que se podía convalidar la actuación de la Federación, quien además celebró el contrato sin autorización del Comité Nacional de Cafeteros.

Finalmente, se critica la decisión del alto tribunal, pues ante una clara aplicación del derecho administrativo, desconoció, por un lado, el régimen contractual de los particulares que ejercen función administrativa y, por otro lado, la defensa de los bienes colectivos objeto de protección en la acción popular. En consecuencia, esta normatividad no debe tener solo un carácter simbólico de retorno o extensión del derecho administrativo, sino que se requiere dejar atrás su inoperancia —involuntaria o premeditada— para dar un paso hacia su aplicación práctica, de modo que, una entidad pública o particular cuando ejerza la función administrativa, deba respirar, respetar y seguir los principios de esta función y los de la contratación estatal.

4.3.3. Manifestaciones sectoriales de la extensión del derecho administrativo contractual: El caso de los servicios públicos domiciliarios

La Ley 142 de 1994 contempló en los servicios públicos domiciliarios un régimen contractual especial con evidente aplicación del derecho privado —artículos 34 y 39—. Sin embargo, contempló instituciones que permiten un regreso o retorno del derecho administrativo para las empresas prestadoras de servicio público de naturaleza pública —donde impera la huida del derecho administrativo y del EGCAP—⁶ y una suerte de extensión de derecho administrativo para las de naturaleza privada —algunas de las cuales ejercen funciones administrativa—.

Por ello, se analizarán algunos supuestos específicos de extensión del derecho administrativo contractual, frente a la aplicación de cláusulas exorbitantes y los contratos de las empresas que tienen posición dominante.

a) Aplicación de cláusulas exorbitantes por empresas públicas y privadas

La Ley 142 de 1994 permite en los contratos regidos por el derecho privado incluir cláusulas exorbitantes, de manera obligatoria o incluso de manera facultativa, cuando lo exijan las comisiones de regulación, o estas lo per-

⁶ Marín Cortés (2010, p. 355) analiza el régimen contractual de los operadores de los servicios públicos bajo la premisa de *regreso al derecho administrativo* o *mitigación al derecho privado* por la aplicación de la Ley 80 de 1993.

mitan, por petición de las empresas prestadoras de servicios públicos —artículo 31—. La Ley 142 niega la aplicación del EGCAP salvo por expresa remisión, e introduce esta excepción sin distinguir entre entidades públicas y privadas, sino que se refirió a *cualquier empresa de servicios públicos domiciliarios*. Por ello, donde el legislador no distingue no le es dado hacerlo al intérprete, y esta disposición resulta aplicable también para los particulares.

Este caso paradigmático de aplicación del EGCAP se justifica desde la doctrina en la atribución de la función administrativa. Marín Cortés (2010) reconoce esta situación y opina que esta prerrogativa rompe la tradición que consideraba que estas potestades eran exclusivas del Estado, reiterando que “no es común que un particular ejerza prerrogativas públicas, lo cual solo puede explicarse —auténticamente— por el hecho de que ejerce función administrativa y porque actúa en favor del interés general —la satisfacción de las necesidades colectivas— en el negocio que contiene las cláusulas” (p. 369).

En este orden de ideas, no debe pasarse por alto la posibilidad de acudir a las cláusulas exorbitantes y al fundamento de este privilegio, ya que, en principio, están reservadas al Estado, y su aplicación en el ámbito de los particulares representa una excepción al principio de igualdad que, en caso de no estar autorizadas, deriva en abuso de posición dominante. Por consiguiente, se debe poner atención en su aplicación de conformidad con lo previsto en el EGCAP, previa consulta o imposición forzosa de la Comisión de Regulación.

b) Contratos de las empresas que tienen posición dominante

La Ley 142 de 1994 contempló un conjunto de exigencias para la contratación de las empresas públicas o privadas que tengan posición dominante en el mercado de la prestación de servicios públicos. El artículo 35 prescribe:

Art. 35. Deber de buscar entre el público las mejores condiciones objetivas. Las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en un mercado, y cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros, tendrán que adquirir el bien o servicio que distribuyan por medio de procedimientos que aseguren posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igualdad de condiciones. En estos casos, y en los de otros contratos de las empresas, las comisiones de regulación podrán exigir, por vía general, que se celebren previa licitación pública, o por medio de otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes.

En sentido estricto no hay una extensión del derecho administrativo, ni del EGCAP ni de sus principios, solo se establece una política económica para garantizar la concurrencia y competencia en el mercado, razón por la cual se exige la aplicación de un *procedimiento especial*. En este punto reside la novedad. Es atípico que una normativa caracterizada por la fuga o huida del derecho administrativo de los entes estatales, ahora extienda la exigencia de *licitación pública*, incluso para las empresas privadas.

Como no hay una regulación expresa, le corresponde a la Comisión de Regulación exigir la licitación pública o ese procedimiento especial. Esta norma se declaró exequible en la sentencia C-066 de 1999 al encontrar que se otorgó una competencia reglamentaria conforme a los artículos 365 y 367 constitucionales, que le ordenan organizar los servicios públicos.

Ahora bien, ¿a qué se hace referencia cuando se habla de *licitación pública*? Podría argüirse que en esta noción se encuentra una modalidad de contratación bajo el EGCAP o un instrumento de la contratación privada consagrada en el Código de Comercio —artículo 860—. Finalmente, podría concluirse que lo que se pretende es la concurrencia, y dado que no hay una remisión expresa a la contratación pública, esta expresión se refiere a la licitación en el ámbito comercial y privado. Sin embargo, una lectura más cuidadosa del artículo permite concluir lo contrario; esto es, la aplicación de la licitación pública del EGCAP, para garantizar no solo la concurrencia sino la igualdad de condiciones, aspectos en los que subyacen los principios de la contratación estatal. De otra manera no se podrían alcanzar los fines de esta disposición.

Esta exigencia solo es predicable cuando una empresa de servicios públicos está en posición dominante en un mercado y su principal actividad es la distribución de bienes o servicios provistos por terceros. Este requisito lo define la misma Ley 142, que califica una empresa en posición dominante “respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado” (artículo 14.13).

Como se aprecia en esta definición, la posición dominante es un estatus que ostenta cualquier empresa, independientemente de su naturaleza pública o privada; por consiguiente, cuando se trate de una entidad privada, la exigencia de un procedimiento especial para su contratación, o la licitación pública, constituye una extensión del derecho administrativo en materia contractual.

4.3.4. El retorno o vuelta al derecho de la contratación pública en la comunidad europea: Un paso más allá, la extensión de su normativa a los particulares con y sin función administrativa

Parece un despropósito que en un ámbito globalizado los particulares que cumplan funciones administrativas deban someterse a la regulación de la contratación pública, en comparación con las directrices económicas de apertura de fronteras, libertad de competencia y flexibilidad contractual, que impulsan en Colombia una huida del derecho administrativo. Sin embargo, lo paradójico es que en la Unión Europea se presenta una extensión de las reglas de la contratación pública, no solo para los particulares *con funciones administrativas*, sino también para los particulares en *sentido estricto*, que desarrollen actividades de interés general.

El *retorno* o *vuelta* al derecho administrativo es una expresión que se toma de Rodríguez-Arana (2005, p. 89) y Marín Cortés (2010, p. 389): el primero, quien, en un análisis general sobre la huida del derecho administrativo, señala con sorpresa y beneplácito que ante la crisis del concepto de servicio público y la asunción de la noción de servicio público de interés general, se reafirma la existencia, permanencia y protagonismo del derecho público, como marco normativo necesario para la protección de los derechos fundamentales, especialmente la libertad y la igualdad. Y, del segundo, porque aborda este tópico en el ámbito contractual con ocasión de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios para mostrar la paradoja de la pretendida huida del régimen de contratación pública y apoyar la defensa de lo *público*, incluso en un mercado en competencia y en manos privadas.

En efecto, la Unión Europea, como una comunidad política que tiene por finalidad la integración y gobernanza común de los estados europeos, tiene dentro de sus políticas económicas el fomento de la libre competencia y la transparencia de los mercados; para ello, ha acudido a la contratación pública como una herramienta que le permite alcanzar estos objetivos, con una regulación homogénea para todos los estados miembros que garantiza la igualdad de trato y la apertura de los mercados (García-Andrade Gómez, 2005, p. 19).

En este orden de ideas, desde la fundamentación del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea se adoptó el marco para la

creación de un *mercado interior* como un espacio sin fronteras interiores que garantizará la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (Unión Europea, 2002, diciembre 24). Con este objetivo se instrumentaliza la contratación pública para desarrollar estas políticas económicas y extender sus reglas tanto a las entidades públicas exceptuadas, excepcionadas o excluidas del régimen contractual como a *los particulares con funciones administrativas*, bajo la denominación de *organismos públicos* —calificación independientemente del acto de creación— y, eventualmente, a las entidades privadas, bajo la categoría de *poder adjudicador*.

Bajo la noción de *poder adjudicador* se delimita y amplifica el ámbito de aplicación del derecho europeo de la contratación pública, categoría introducida con la Directiva del 26 de julio de 1971 y reiterada en la Directiva 2014/24/UE, actual estatuto contractual de la Unión Europea.

En efecto, esta normativa plantea una definición *sustancial o funcional* de organismo público (García-Andrade Gómez, 2005, p. 50) como aquel que: a) se haya creado para satisfacer necesidades de interés general, no industriales o mercantiles; b) esté dotado de personalidad jurídica propia, y c) esté financiado mayoritariamente por el Estado, autoridades regionales o locales, organismos de Derecho público, o *cuya gestión esté sujeta a la supervisión de estas entidades, o, tenga un órgano de administración, dirección o supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por una de estas entidades*.

La doctrina destaca la tercera característica como elemento delimitador y válvula de retorno hacia el derecho administrativo, pues cae bajo su ámbito de aplicación: los sujetos que celebran contratos subvencionados entre un 50% y el 100%, los concesionarios y contratistas obligados a aplicar el Derecho Administrativo en sus relaciones con terceros; las entidades urbanizadoras, las corporaciones de derecho público —noción del derecho español— y las empresas privadas sometidas al régimen de contratos de los sectores excluidos. En este último caso solo cuando sean titulares de derechos especiales o exclusivos, prerrogativas como expropiación forzosa, imposición de servidumbres, utilización del suelo, subsuelo y el espacio situado sobre la vía pública, o la explotación de servicios públicos con estos derechos especiales (García-Andrade Gómez, 2005, pp. 64-ss; Oller Rubert, 2013).

Incluso en España donde se presentaron varias condenas del Tribunal de Justicia por no acogerse completamente a la regulación contractual planteada por la Unión Europea, se estudió este tema; y la doctrina aún en contra de lo previsto en la legislación abogó por un criterio funcional y material derivado de la fuerza vinculante de la directiva de la Unión Europea, la definición y sus características generales, que se iteran desde los primeros estatutos contractuales proferidos por la Unión (García de Enterría, 2003, p. 471).

Las definiciones de *organismo público* y *poder adjudicador* toman gran relevancia porque tienen por objetivo reducir la criticable y constante *huida de la contratación pública*, especialmente con la atribución de un régimen de derecho público o privado, dato que es indiferente para la normativa comunitaria (Gimeno Feliú, 2008, mayo-agosto). En todo caso, más que la buena administración y los cometidos estatales, son la competencia y la apertura al mercado los fundamentos para el retorno, vuelta y extensión del derecho administrativo sobre la selección de contratistas a los poderes públicos, a los particulares que utiliza la Administración y aun a los sujetos auténticamente privados (Marín Cortés, 2010, p. 389; García-Andrade Gómez, 2005, p. 20).

Con estos mismos fines, se justificó la expedición de la normativa contractual contenida en las directivas 2014/23, 2014/24 y 2014/25 de la Unión Europea, relativas a la adjudicación de concesiones, contratación pública en general y la contratación en los sectores de agua, energía, transportes y servicios postales.

4.3.5. Excursus: El quantum irreducible del derecho público en la contratación de los particulares con funciones administrativas

Una mirada a la contratación pública de los particulares que ejercen función administrativa en la Unión Europea, en contraste con la regulación en Colombia, permite evidenciar que ambas tienen un mismo sentido: extender el derecho administrativo contractual a los particulares, aunque con diferentes fines; en la Unión Europea, la apertura económica, mientras en Colombia se busca vincular a los particulares al régimen contractual, proteger la función administrativa y la gestión de recursos públicos.

Adicionalmente, se evidencia un fuerte contraste en la práctica: mientras en la comunidad europea el respeto por las directrices contractuales implica acudir a medidas sancionatorias ante su omisión —el caso español—, en Colombia el régimen contractual ha pasado desapercibido, descuidado e incluso desprotegido por la misma jurisdicción. Adicionalmente, es claro y paradójico que el fundamento que impulsa a la Unión Europea a extender el derecho administrativo a la contratación sea el mismo que en Colombia ha impulsado la huida del derecho administrativo.

Sin embargo, no encuentra asidero legal, y mucho menos constitucional, el desconocimiento flagrante del régimen contractual como aconteció en la acción popular en contra de la Federación Nacional de Cafeteros. Por ello, es necesario aplicar efectivamente el EGCAP, en razón de la calidad subjetiva de los contratantes, ya no el Estado, sino los particulares que ejercen función administrativa; debería reformarse la normativa en el entendido de aplicársele como *quantum mínimo* lo previsto para los regímenes excluidos: los principios de la contratación estatal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, con fundamento en los cuales se garantizan los principios de la función administrativa, la contratación estatal y la gestión fiscal, de modo que se permita extender el derecho administrativo.

4.4. Referencias bibliográficas

Ariño Ortiz, G. (1973). Corporaciones profesionales y administración pública. *Revista de Administración Pública*, núm. 72, pp. 27-72.

_____. (2003). *Principios de Derecho Público Económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Atehortúa Ríos, C. A. (2012). *Servicios públicos domiciliarios y las TIC en el contexto del precedente judicial*. Medellín: Biblioteca Jurídica.

Bocanegra Sierra, R. (2004). *Lecciones sobre el acto administrativo*. 2.^a ed. Madrid: Thomson-Civitas.

Cassagne, J. C. (2002). *Derecho Administrativo*. 7.^a ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo-Perrot.

Corte Constitucional. (1995). Sentencia C-166.

_____. (2003). Sentencia C-776.

_____. (2008). Sentencias C-259 y C-1085.

Del Saz Cordero, S. (1994, enero-abril). La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas. *Revista de Administración Pública*, núm. 133, pp. 57-98.

Dromi, R. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

García de Enterría, E. (2003). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho administrativo en materia de entes sujetos al Derecho Público y de medidas cautelares contencioso-administrativas. *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 119, pp. 471-487.

García de Enterría, E. y Fernández, T.R. (2008). *Curso de Derecho Administrativo*. 12.^a ed. Bogotá: Temis.

García-Andrade Gómez, J. (2005). *Derecho administrativo de la contratación entre privados. (Sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*. Barcelona: Marcial Pons.

Garrido Falla, F. (1994). *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Vol. I. Parte General*. 12.^a ed. Madrid: Tecnos.

Gimeno Feliú, J. M. (2008, mayo-agosto). El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la ley de contratos del sector público: luces y sombras. *Revista de Administración Pública*, núm. 176, pp. 9-54.

Giraldo Castaño, O. A. (2010). *Derecho Administrativo general*. 8.^a ed. Medellín: Señal.

Gordillo, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Jèze, G. (1949). *Principios generales del derecho administrativo. Vol. III. El funcionamiento de los servicios públicos*. Buenos Aires: De Palma.

Marín Cortés, F. (2008). *Público y privado. Estudio sobre las transformaciones del derecho, del Estado y de la empresa*. Bogotá: Temis.

_____. (2010). *Los servicios semipúblicos domiciliarios*. Bogotá: Temis.

_____. (2017). *Derecho de petición y procedimiento administrativo*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, CEDA.

_____. (s. e.). *El concepto de acto administrativo*. Documento.

Molano López, M. R. (2005). *Transformación de la función administrativa*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Oller Rubert, M. (2013). *El régimen de contratación de los poderes adjudicadores que no son administración pública*. Madrid: Reus.

Penagos, G. (1985). Criterios para clasificar los actos en el Derecho Procesal Administrativo. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. 3, pp. 136-187. Disponible en: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/3/GustavoPenagos.pdf>.

_____. (1996). *El acto administrativo*. 6.^a ed. Bogotá: Librería del Profesional.

Rodríguez, L. (2017). *Derecho Administrativo general y colombiano*. 20.^a ed. Bogotá: Temis.

Rodríguez-Arana, J. (2005). La vuelta al derecho administrativo (a vueltas con lo privado y lo público). *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, núm. 7, pp. 89-102.

Santamaría Pastor, J. A. (1995). *Derecho Administrativo: Normas básicas*. Madrid: McGraw Hill.

_____. (2004). *Principios de Derecho Administrativo*. 3.^a ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Santofimio Gamboa, J. O. (2017). *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Schmidt-Assmann, E. (2003). *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Barcelona: Marcial Pons.

Suárez Tamayo, D. (2010). *Huida o vigencia del Derecho Administrativo*. Medellín: Universidad de Antioquia.

_____. (2010, septiembre). Particulares que cumplen funciones administrativas en Colombia. *Letras Jurídicas*, vol. 15, núm. 2, pp. 39-56.

Tafur Galvis, A. (1997). *Estudios de Derecho Público*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Unión Europea. (2002, diciembre 24). Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C-325/33.

Controles y responsabilidades de los particulares que ejercen función administrativa

En presencia de una nueva dimensión de lo público, que revalúa su gestión y el andamiaje estatal en favor de una extensión de las funciones públicas a nuevos titulares no estatales, se exige retomar la necesidad de un ejercicio del poder público limitado, responsable y garante de los derechos de los más desvalidos, a partir de un sistema de controles y responsabilidades que se imponga a quienes tengan el ejercicio del poder público. Desde esta perspectiva, se abordará la necesidad de este control y se estudiarán algunos controles específicos, como el administrativo, el disciplinario, el fiscal y el penal.

5.1. Preludio: Control y responsabilidad de la función pública estatal y no estatal

El *control* y la *responsabilidad* son parte de los límites del poder público que fundamentan la protección de los administrados en el Estado de Derecho. Por eso, el hecho de que sujetos no estatales ejerzan el poder público exige indagar por los controles que les son aplicables como actores de la gestión pública. Al respecto, pueden extenderse los mismos fundamentos del control y la responsabilidad prevista para el Estado: necesidad de límites para ejercer el poder, garantías de legitimidad y oportunidad de la actividad pública, efectividad y protección de los derechos humanos y necesidad de

un ordenamiento que no sea neutral y *avalorativo*, e incorpore como valor central la responsabilidad, especialmente de cara al nuevo rol del Estado —de prestador a garante, y por ende fiscalizador—.

Desde una perspectiva clásica, el poder lleva en sí el impulso al engrandecimiento, crecimiento y abuso, por ello existe la necesidad de establecer límites y controles a su ejercicio (Montesquieu, 1985) y, desde una visión tradicional, un sistema de controles y/o responsabilidades es un conjunto de garantías de legitimidad, moralidad y eficiencia de la actividad administrativa (Marienhoff, 2000, p. 282). El *control* y la *responsabilidad* efectiva se reafirman como columnas vertebrales de la protección de los derechos de las personas.

Para Roberto Dromi (1998), la responsabilidad se presenta como un valor contemporáneo de la gestión pública, que presupone el control, debido a que “la responsabilidad es *idilica e ilusoria*, si no se tienen técnicas y organismos eficaces de control. *Control, responsabilidad y protección* se predicán recíprocamente. Sin el uno no hay el otro. Sin control no hay responsabilidad y si no hay responsabilidad las medidas de protección social son falaces” (p. 6). Incluso encuentra que un sistema de control y responsabilidad adecuado, objetivo y práctico es la mejor arma contra la corrupción.

Los cambios de la gestión pública exigen que el Estado adopte un rol *fiscalizador del poder público*, donde lo *no estatal* juega un papel fundamental y el control estatal se proyecta no solo en sus instituciones sino también en las no estatales. Esta necesidad y reto para el Estado en el contexto contemporáneo se advierte en la cultura jurídica y se perfila por la doctrina así:

En ese orden de ideas, a *la nueva Administración* ya no se la puede ver constreñida a la estructura estatal, dado que otras personas también concurren al cumplimiento de sus fines, como sucede con los concesionarios o licenciatarios de servicios en función del interés colectivo, que son personas privadas en su naturaleza, pero que por la actividad que cumplen pueden llegar a ejercer competencias públicas, y por ello están sometidas a un control estatal.

De ahí que la autoridad en esta nueva Administración es *mínima y eficaz*. Mínima por la prevalencia de la iniciativa privada, que se verifica y se hace posible por el compromiso de “no intervención” o de intervención estatal “restringida”. *El Estado conserva misiones de limitación (policía)*, de

fiscalización (control), de sanción (corrección), de regulación (ordenación y organización) y de sustitución (rescate) (Dromi, 1998. p. 100).

Conforme a lo anterior, “*Gobierno y control* es la fórmula orgánica de la estructura futura del poder, para que a los que mandan *no les falte poder* y a los que obedecen *no les falte libertad*, resguardada mediante controles idóneos, que aseguren calidad y eficacia” (Dromi, 1998, p. 96). Por consiguiente, toda la institucionalidad se debe revisar conforme a estos principios de la gestión pública contemporánea, recreando el sistema de controles, en favor de un poder público estatal y no estatal, responsable con la realización, garantía y protección de los cometidos estatales.

En este contexto, las relaciones de control son connaturales a la organización pública y adquieren mayor relevancia con la constitución como epicentro del sistema de controles y responsabilidades, estableciendo barreras de contención al ejercicio del poder público y los instrumentos para mantener la unidad de actuación del poder y la gestión pública, a partir de los principios de constitucionalidad y juridicidad del poder público estatal y no estatal.

En Colombia, el sistema de control y responsabilidad se fundamenta en el principio de juridicidad y responsabilidad de las actuaciones del poder público —artículos 6, 90 y 121—, a partir de límites, condiciones e instituciones diseñadas para este fin. Se califica como sistema por cuanto el control es *múltiple* y una sola modalidad sería insuficiente para garantizar el equilibrio de poderes, la protección de los derechos, el respeto por el principio de juridicidad y los mandatos constitucionales.

Frente a los particulares que ejercen función administrativa, la Corte Constitucional es enfática al señalar que “cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva” (1998, sent. C-563), y hace referencia, especialmente, a los *aspectos civiles, penales y disciplinarios*, pero también a otros controles de la gestión pública cualificados.

El particular que ejerce función pública es un sujeto especial en el marco de la gestión pública, que adquiere una posición de dominio, privilegio y supremacía, normalmente predicable del Estado, que justifica e impulsa la intensificación de sus responsabilidades y controles. La Corte Constitucional lo reconoce al afirmar que

mientras los particulares que no se encuentran vinculados al Estado mediante una relación de servicio público regulan su responsabilidad de acuerdo con la primera parte del artículo 6° de la Constitución Política, es decir que no son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución y la Ley, los que sí lo están se hacen responsables por “*omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*” (2002, sent. C-181).

En este sentido, la relación especial que existe entre el particular y el Estado justifica esta mayor asunción de responsabilidades, aunque aquel no adquiera el estatus de servidor público: “si bien, no hay modificaciones en el status jurídico, sí se presenta un incremento en los controles y las responsabilidades del particular que presta la función, generando así, una *especial relación de éste con el Estado*” (Suárez Tamayo, Posada Puerta y Mejía Londoño, 2012, enero-junio, p. 82).

Conforme a lo anterior, los particulares que desempeñan función administrativa están vinculados al principio de legalidad, previsto en los artículos 6 y 121 de la Carta Política, y son responsables, al igual que las autoridades públicas de carácter estatal, por infringir la Constitución y la ley, y responden por las omisiones y extralimitaciones en el ejercicio de sus funciones. Existen múltiples controles que desarrollan estos mandatos constitucionales y en este capítulo se abordará la procedencia de los controles más comunes y con vocación sancionatoria, como son el administrativo, disciplinario, fiscal y penal, estableciendo si los particulares con funciones administrativas están sometidos a un régimen general o especial, y los contornos del régimen aplicable.

5.2. Controles administrativos

El control administrativo, el de fiscalización o el autocontrol de la Administración son el conjunto de instrumentos previstos para orientar su actividad y se consideran desde dos perspectivas: una, tradicional, se fundamenta en los poderes subordinantes de las relaciones de jerarquía; y la otra, como un mecanismo de coordinación y salvaguarda de la unidad de acción del Estado dentro de los sistemas de organización política y administrativa (Rodríguez, 2017, p. 146; Tafur Galvis, 1977, pp. 7, 23; Cassagne, 2002, p. 253).—

En Colombia, estos controles buscan la coordinación de la acción pública entre los organismos de la rama ejecutiva y se desarrollan como un control jerárquico y de tutela en la Ley 489 de 1998. Esta ley también prescribe controles para los particulares que ejercen funciones administrativas en los artículos 110 y 114; incluso se vislumbran allí controles específicos en razón de las actividades puntuales que implican ejercicio de función administrativa.

5.2.1. Control administrativo general

El *control administrativo* en términos generales se regula en la Ley 489 de 1998 que asigna su titularidad al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, competencia que se ejerce, por expresa disposición legal, sobre “los organismos o entidades que conforman la Administración Pública” —artículo 103—, disposición que se extiende, *mutatis mutandis*, a los gobernadores y alcaldes frente a sus entidades territoriales, sin incluir ni excluir de manera expresa a los particulares que ejercen función administrativa.

Si bien las modalidades reguladas se enfocan en las entidades territoriales y las entidades descentralizadas por servicios, es claro que este tipo de controles se enmarca en un control jerárquico cuando se ejerce en un mismo órgano, y de tutela cuando se trata de organismos descentralizados y, por lo tanto, sí resulta procedente frente a los particulares que cumplen funciones administrativas. Este control se sustenta en varios derechos fundamentales y principios de la función pública, especialmente, el debido proceso y el principio de contradicción; y, a su vez, en una relación de jerarquía, en sentido estricto o funcional, a partir de los *recursos en sede administrativa*.

El control a través de los recursos se presenta frente a los actos administrativos que expida el particular, de conformidad con el CPACA. Por regla general procede el recurso de reposición y, excepcionalmente, el recurso de apelación, ante el inmediato superior administrativo o funcional —los particulares con funciones administrativas eventualmente tienen superiores funcionales; verbigracia, los curadores urbanos tienen a las oficinas de planeación municipal, en su ausencia a los alcaldes (Consejo de Estado, 2005, junio 2, concepto).—

5.2.2. Controles administrativos especiales

Los controles administrativos especiales se dirigen directamente a los particulares o a sus actividades; son diversos, casuísticos y generalmente se encuentran a cargo de las entidades con competencias de control, vigilancia e inspección como las superintendencias, comisiones de regulación, ministerios, entre otras instituciones.

Si bien la Carta constitucional atribuye funciones públicas a particulares, no asigna fórmulas de control, lo cual deja en el legislador la configuración de mecanismos de control específicos y deberes para las autoridades administrativas, cuando tales atribuyan esta función de imponer este tipo de controles.

Por ende, cuando se asignen funciones en los términos de la Ley 489 de 1998 (acto administrativo y convenio), la regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponden a la autoridad o entidad pública titular de la función, quien tiene los poderes previstos en el artículo 110, para: i) impartir instrucciones y directrices; ii) ejercer control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas, y iii) terminar en cualquier tiempo la atribución, por razones de interés público o social.

Por otra parte, el artículo 111 de la Ley 489 de 1998 incluye dentro de los requisitos y procedimientos para conferir la función administrativa determinar, en el acto administrativo y convenio, “las condiciones del ejercicio de las funciones” y otros mecanismos para contrarrestar el riesgo de la actividad contractual, como “las garantías que deben prestar los particulares con el fin de asegurar la observancia y la aplicación de los principios que conforme a la Constitución Política y a la ley gobiernan el ejercicio de las funciones administrativas”.

Adicionalmente, mediante la atribución prevista en esta ley, el numeral 2 del artículo 111 prescribe que el convenio se enmarca en la Ley 80 de 1993 y que se pueden pactar las cláusulas excepcionales. Lo anterior, en el marco del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que prescribe para el Estado la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y la vigilancia de la ejecución del contrato y pactar las cláusulas excepcionales de interpretación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral, caducidad, reversión y sometimiento de las leyes nacionales.

Por lo tanto, el control bajo esta forma de atribución de la función administrativa es de tipo contractual, diferente al previsto para las entidades del Estado, que debe respetar las condiciones generales del artículo 110 aplicables no solo en este caso sino de manera supletiva en las demás modalidades de atribución de funciones administrativas a particulares. Finalmente, independientemente de la atribución de la función administrativa, si la función que se atribuye pertenece a una entidad estatal el particular estará sometido a un control administrativo, pero si la función es originaria, es decir, es pública pero no la había asumido el Estado, el particular puede estar exento de este tipo de control, pero no de los demás previstos en el ordenamiento.

5.3. Control y responsabilidad fiscal

La Carta constitucional establece el control fiscal como la vigilancia de “la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”. Así, su ámbito —subjetivo y objetivo— de control y las responsabilidades fiscales se derivan de la gestión, el manejo, la administración y la titularidad de los bienes *públicos*, independientemente del sujeto que los gestione.

Al respecto, la problemática a discutir es si los particulares que ejercen función administrativa son sujetos pasivos del control fiscal, y el alcance de este control; con este propósito se estudiarán: i) los antecedentes del control fiscal ejercido sobre los particulares; ii) la Constitución Política de 1991 y los particulares con funciones administrativas como sujetos de control fiscal; iii) las implicaciones de este control y de la responsabilidad fiscal y iv) la conveniencia de este control sobre los particulares con funciones administrativas.

5.3.1. Antecedentes del control fiscal ejercido sobre los particulares

Desde la creación de la Contraloría como un departamento administrativo en la Ley 42 de 1923 hasta la Constitución Política de 1991, si bien no se encuentran preceptos expuestos que establezcan el control fiscal frente a los particulares que ejercen funciones administrativas porque sus competencias se guían por un criterio objetivo circunscrito a la presencia de “fondos o bienes de la Nación”, se advierte que en diferentes momentos históricos estas competencias no solo han comprendido a las entidades

estatales, sino también a los particulares, varios de los cuales ejercen funciones públicas.

En efecto, la Ley 42 de 1923, en el artículo 6, estableció la competencia para controlar las “cuentas de los funcionarios o empleados encargados de recibir, pagar y custodiar fondos o bienes de la Nación”, revisar todas las deudas y reclamaciones, de *cualquier naturaleza*, a cargo o a favor de la República, derivados de “la *administración activa y pasiva* del Tesoro Nacional”, sin que se calificara la naturaleza del sujeto pasivo del control como exclusivamente estatal.

Además, se extendió el control fiscal en la Ley 58 de 1946 a los *particulares* en calidad de *contratistas*, al establecer el “examen, glosa y calificación de cuentas de los funcionarios o empleados, *contratistas* o agentes del Gobierno encargados de recibir, recaudar, pagar o custodiar fondos o bienes de la Nación”; y en la Ley 151 de 1959, a todas las *instituciones, organismos, personas naturales o jurídicas*, incluyendo a los particulares que administren, recauden o manejen recursos del erario, como los concesionarios y contratistas. Incluso el legislador consagró como causal de nulidad absoluta del contrato de administración de bienes o recaudo de rentas “el *que no se estipule que el contratista queda sujeto a la reglamentación del control fiscal que dicte la Contraloría*” (artículos 2 y 3).

La Ley 151 de 1959 fue reglamentada por el Decreto 1060 de 1960, que reiteró la competencia de la Contraloría frente a estas personas e incluyó a las *empresas e instituciones en que las entidades estatales* o personas jurídicas de derecho público, separadas o conjuntamente, fueren titulares del 50% o más del patrimonio; y las *instituciones u organismos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica*, que al entrar en vigencia la Ley 151 de 1959 se encontraban sujetos a la vigilancia fiscal.

Posteriormente, la Ley 20 de 1975 incluyó a las *entidades y personas*, sin distinguir entre públicas o privadas, que a *cualquier título* recibieran, manejaran o dispusieran de *bienes o ingresos de la Nación* con el fin de garantizar su conservación y adecuado rendimiento. La expresión “a cualquier título” fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 19 de mayo de 1987.

En uno u otro caso, lo interesante es que estas leyes y decretos extendieron el alcance del control fiscal a los particulares, que independientemente de

cumplir o no funciones administrativas tuvieran el manejo de recursos públicos, caso que constituye, en la mayoría de los casos, una manifestación del ejercicio de función pública —administrativa—. En consecuencia, antes de la Constitución de 1991 se reconoció, de manera general, que los particulares cuando tenían a cargo recursos públicos eran sujetos de control fiscal y de las responsabilidades correspondientes.

5.3.2. Constitución Política de 1991: Inclusión de los particulares que ejercen funciones administrativas como sujetos de control fiscal

El artículo 267 de la Constitución Política de 1991 reiteró el fundamento de la vigilancia de la gestión fiscal sobre el manejo de los “fondos o bienes de la Nación”, control desarrollado en la Ley 42 de 1993, que derogó toda la normativa anterior, unificó el sistema de control fiscal e incluyó de manera expresa a los *particulares* como sujetos pasivos. Al respecto, el artículo 2 de la Ley 42 prescribe:

Artículo 2. Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República.

La Corte Constitucional en la sentencia C-529 de 1993 declaró exequible esta disposición, por cargos orientados a excluir al Banco de la República, y precisó que la procedencia de la vigilancia fiscal es independiente de la naturaleza y las funciones que desarrollen las entidades previstas en esta disposición.

Frente a la función administrativa de los particulares, se presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 88 del Decreto 410 de 1971 —Código de Comercio—, según el cual la Contraloría tenía el control y vigilancia del recaudo, manejo e inversión de los ingresos de las cámaras de comercio. La Sala Plena de la Corte Suprema de

Justicia había declarado su exequibilidad condicionada, limitando el control fiscal a los dineros recaudados con ocasión de la función pública de administrar el registro mercantil; y la Corte Constitucional en la sentencia C-167 de 1995 la declaró exequible, porque en el Estado Social de Derecho el control fiscal que “comprende la ‘gestión fiscal de la administración’ no sólo se limita a la Rama Ejecutiva del poder público, sino que se hace extensivo a todos los órganos del Estado y a los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación”. Además, frente a los *particulares que cumplen funciones administrativas y los recursos provenientes de su ejercicio*, concluyó:

En efecto, no es extraño que *los particulares ejerzan funciones públicas por habilitación del Estado*, ya que los particulares pueden intervenir en el ámbito de funciones públicas. Sus atribuciones y el ejercicio de la función no modifican per se, la naturaleza privada de las personas jurídicas, pero en el ejercicio de las atribuciones estas se hallan sujetas a las reglas propias de la función que ejercen, pues en razón del acto de habilitación ocupan el lugar de la autoridad estatal, con sus obligaciones, deberes y prerrogativas. En consecuencia, para los efectos de la función administrativa, las personas jurídicas privadas deben actuar teniendo en cuenta las finalidades señaladas en el ordenamiento jurídico y utilizando explícitamente los medios autorizados, tales como las normas administrativas; por tanto, *los recursos económicos provenientes del ejercicio de las funciones públicas, tienen el carácter de fondos públicos y, por ende, están sujetos a controles específicos, entre otros el que ejerce la Contraloría General de la República a través del control fiscal de los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación* (Corte Constitucional, 1995, sent. C-167).

Esta posición se consolidó frente a los particulares que gestionan recursos públicos y cumplen funciones administrativas. En la sentencia C-866 de 1999, tras analizar la atribución de este tipo de funciones, la Corte concluyó que procede el control fiscal, así:

el control general al que se somete la actividad administrativa pesa igualmente, en todas sus modalidades, sobre el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares; en especial el control de legalidad y *el control fiscal* en los términos del artículo 267 de la Constitución Política. A esta realidad se refieren los incisos 2.º y 3.º del artículo 110 bajo examen, que por este aspecto se ajustan también a las prescripciones de la Carta.

En desarrollo de estos mandatos, el Decreto 267 de 2000, que regula la organización y el funcionamiento de la Contraloría, incluyó dentro de los destinatarios de su vigilancia y control fiscal a “*Los particulares que cumplan funciones públicas*, respecto de los bienes públicos que obtengan o administren o cuando manejen bienes o recursos de la Nación” —numeral 12 del artículo 4—.

En esta línea, el profesor Suárez Tamayo, et al., (2012, enero-junio) afirma que “no es que el ejercicio de función administrativa implique la actuación de control fiscal, sino que cuando dicha función administrativa implique la administración de recursos públicos habrá control fiscal; no por ser función administrativa, sino por ser administración de recursos públicos” (p. 84).

Sin embargo, no siempre existe claridad sobre la procedencia del control fiscal. La Corte Constitucional señala que algunos recursos que percibe el particular no son objeto de control fiscal, por la falta de regulación y calificación legal como *recursos públicos* de los dineros que recauda como contraprestación de la función pública. En la sentencia C-1002 de 2004, analizó los honorarios recibidos por los miembros de las Juntas de Calificación de Invalidez y distinguió dos supuestos: i) cuando los recursos son públicos y su titularidad sigue siendo pública y ii) cuando los particulares reciben dineros con ocasión de la remuneración prevista por el legislador; dando a entender, en el segundo supuesto, que los órganos de revisión fiscal pierden competencia, por pasar estos recursos al dominio privado, y por tanto quedar fuera de tal control.

[...] es obligación del legislador regular el tema de la financiación de las juntas de calificación de invalidez, por lo que mientras aquél no lo haga, dicha regulación es la que ha hecho el Gobierno en su decreto reglamentario (Decreto 2463 de 2001), cuya legalidad no le corresponde analizar a esta Corporación.

Con todo, la Corporación encuentra que los honorarios que la ley establece para remunerar la función de los miembros de las juntas de calificación de invalidez no desconoce el control fiscal sobre el manejo de los dineros públicos, porque los que se reciben por concepto de honorarios ingresan en el patrimonio privado, donde el Estado pierde competencia de fiscalización. Como el cargo de la demanda es infundado, la Corte declarará exequible la norma en relación con el mismo (Corte Constitucional, 2004, sent. C-1002).

Esta decisión tuvo como presupuesto que todos los ingresos de las Juntas de Invalidez se convierten en recursos privados porque el legislador los calificó como *honorarios*, como si se trasladaran automáticamente a los integrantes de las juntas y no fuera necesario invertir en la adecuada y eficiente prestación del servicio. Esta decisión evidencia la negligencia del legislador al prescribir la remuneración de los particulares que ejercen función administrativa y la procedencia del control fiscal.

Con posterioridad, el Decreto 1352 de 2013 reguló las Juntas de Calificación de Invalidez y diferenció el concepto de *honorarios* en dos sentidos: uno amplio, el que recibe la entidad por la prestación del servicio, y otro estricto, como remuneración del personal. Finalmente, con esta regulación, se pretende distinguir el patrimonio privado y el que se conserva para la prestación del servicio, siendo este último objeto de control fiscal, pero la efectividad del mismo dependerá de la actividad de los órganos de control.

5.3.3. Implicaciones del control y el régimen de responsabilidad fiscal para los particulares que ejercen función administrativa

El control y el régimen de responsabilidad fiscal implican una vigilancia administrativa de la gestión fiscal, autónoma e independiente —artículo 7 de la Ley 42 de 1993, y artículo 4 de la Ley 610 de 2000—, que comprende: unas medidas de control, inspección o vigilancia, que para los particulares varían en algunas ocasiones, y medidas de carácter sancionatorio fiscal para entidades públicas y particulares (Corte Constitucional, 2008, sent. C-382; 2014, sent. C-338). Ambas facetas están a cargo de la Contraloría General de la República, las contralorías territoriales y eventualmente empresas privadas colombianas, previo concepto del Consejo de Estado.

Sobre sus implicaciones, en primer lugar, este control se rige por unos principios propios, los de la gestión fiscal: eficiencia, economía, eficacia, equidad y valoración de los costos ambientales —artículo 8 de la Ley 42 de 1993—, y se diferencia la gestión fiscal de las entidades estatales y los *particulares*, así: “La vigilancia de la gestión fiscal de los *particulares* se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la administración”.

El término los *recursos del Estado*, bajo una interpretación, por un lado literal, respeta el principio de legalidad e interpretación restrictiva, pero

deja por fuera de su ámbito gran cantidad de recursos públicos, que no se manejan ni entran al patrimonio de una entidad estatal; y por otro lado, en una interpretación sistemática y conforme a la Constitución, que los entiende como *recursos públicos*, abarcando los recursos impuestos por el Estado, que no entran a su patrimonio porque se quedan en manos de los particulares, quienes deben darle la destinación legal. Esta última opción es más acorde con los postulados del Estado Social de Derecho, las dinámicas contemporáneas de la gestión pública y la Ley 610 de 2000.

En segundo lugar, dentro del proceso de responsabilidad fiscal se destacan tres elementos para su configuración —artículo 5 de la Ley 610 de 2000—: una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

El *daño patrimonial al Estado* es el presupuesto para la responsabilidad de los particulares que ejercen función administrativa, pues en algunos casos el patrimonio que manejan será del Estado, en otros será público pero no estatal y en otros será privado. Por tanto, ante la colisión entre la efectividad de este control y el principio de legalidad, el artículo 6 de la Ley 610 de 2000 define el daño patrimonial como la *afectación del patrimonio público* o de los *recursos públicos*, así:

Art. 6. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del *patrimonio público*, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o *por la persona natural o jurídica de derecho privado*, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público (aportes tachados inexecutable por la sentencia C-340 de 2007).

Conforme a lo anterior, no solo se tiene en cuenta una noción sistemática de daño al patrimonio estatal y/o público, sino que se sanciona el daño

directo o la contribución al detrimento patrimonial, supuestos plenamente aplicables a los particulares que ejercen función administrativa.

En tercer lugar, el legislador reiteró la procedencia del *control fiscal frente a algunos particulares que ejercen funciones administrativas* como la Federación Nacional de Cafeteros frente a la administración del Fondo Nacional del Café, y demás bienes y fondos estatales en manos de la Contraloría General de la República —artículo 27 de la Ley 42 de 1993—, y ante *las entidades que manejan recursos parafiscales*, competencia a cargo de los órganos de control fiscal, según el orden al que estas pertenezcan —artículo 28 de la Ley 42 de 1993—.

En cuarto lugar, las consecuencias de la responsabilidad fiscal aplicables a los particulares que ejercen función administrativa son: i) el fallo presta mérito ejecutivo contra los responsables y sus garantes, ii) se inserta en el boletín de responsables fiscales, lo cual conlleva la prohibición para nombrarlo en empleos públicos, darle posesión o celebrar contratos con el responsable, y iii) para los contratistas se configura el supuesto para declarar la caducidad del contrato.

5.3.4. A modo de conclusión: Conveniencia de ejercer control fiscal sobre los particulares que ejercen función administrativa

Si bien toda administración, gestión o manejo de recursos públicos implica el ejercicio de función administrativa, no todo ejercicio de función administrativa por particulares supone la gestión de recursos públicos; en consecuencia, el control fiscal solo procederá frente a los particulares que ejercen funciones administrativas cuando su actividad implique la recepción o gestión de recursos públicos.

La extensión del control fiscal a los particulares que ejercen funciones administrativas y administran recursos públicos, es conveniente y necesaria porque: i) el ejercicio de esta función conlleva gastos y el manejo de recursos, que son gestionados por particulares; ii) los recursos con ocasión del ejercicio de funciones públicas —denomínense honorarios, retribuciones, tasas, entre otras nociones— son conceptos que no deben pasar automáticamente al patrimonio particular, sino que se deben destinar, entre otros fines, al mejoramiento de la prestación del servicio; iii) el manejo y la administración de este tipo de recursos deben guiarse por parámetros de transparencia, conforme a los principios de la función administrativa del

artículo 209 de la Carta constitucional, la Ley 489 de 1998 y el CPACA; y iv) con ocasión de la naturaleza de los recursos como públicos en sentido amplio, también se encuentran sujetos a los principios de la gestión fiscal: eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales.

Finalmente, es evidente que el régimen de control fiscal está regulado, de manera preferente, para la gestión fiscal ejercida por entidades estatales, y con un desarrollo nimio frente a los particulares, sin evidenciar la conveniencia de aplicar todas las modalidades de vigilancia y control con estos sujetos pasivos cuando manejen recursos públicos. Sin embargo, se exhorta al legislador a regular la materia y poner en consonancia las disposiciones normativas, la realización de este control y la efectividad del mismo, actividades que constituyen uno de los retos del derecho administrativo contemporáneo y futuro, que deben ser emprendidas para no dejar sin control a los particulares que asumen funciones administrativas que conllevan la gestión del patrimonio público.

5.4. Control y responsabilidad disciplinaria

El régimen de control y responsabilidad disciplinaria se ubica dentro del derecho sancionatorio o *ius puniendi* del Estado. Tiene como objeto la protección del adecuado, eficiente y eficaz ejercicio de la función pública, ya sea judicial, legislativa, administrativa, de control y electoral, y para ello, busca mantener la disciplina dentro de la institución estatal. Este control tiene como presupuesto las típicas relaciones de subordinación entre los funcionarios y el Estado, a partir de las cuales se exige obediencia y disciplina en el ejercicio de la función administrativa, para garantizar los principios y finalidades de su ejercicio.

Son múltiples las conductas que afectan la función pública, razón por la cual se han consagrado deberes, obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades, cuya violación o inobservancia conllevan sanciones de naturaleza preventiva y correctiva, dentro de un sistema de control y responsabilidad autónomo e independiente, con objetivos y características propios, que no se reducen a la preservación de la organización y buen funcionamiento de las entidades estatales, sino a la gestión pública en su sentido más amplio.

En este contexto, las clásicas relaciones de sujeción frente al Estado imponen, como reto del derecho administrativo contemporáneo, una vinculación fuerte con el control disciplinario, de manera que se extienda a

todos los que ejercen la función pública, entre ellos los particulares. Para comprender su alcance se abordarán: i) la extensión del control disciplinario para los particulares con funciones administrativas, y ii) su régimen especial de responsabilidad disciplinaria.

5.4.1. Extensión del control disciplinario para los particulares con funciones administrativas

El control disciplinario en el poder público es un sistema de vigilancia antiquísimo del Estado, fundado en las relaciones de subordinación y jerarquía, que se va extendiendo a los particulares que cumplen funciones administrativas, a partir de dos etapas: i) la ausencia de control, el reconocimiento de la función administrativa por particulares y el dubitativo control disciplinario, y ii) la consagración expresa de un régimen especial del control disciplinario.

5.4.1.1. Ausencia de control, el reconocimiento de la función administrativa por particulares y el dubitativo control disciplinario

Antes de la Carta constitucional de 1991 existió una dispersión normativa de disposiciones en materia disciplinaria, donde se destacan las Leyes 149 de 1888, 4 de 1913, 13 de 1984 y 4 de 1990; normativa cuyo común denominador es la regulación de competencias disciplinarias frente a los funcionarios públicos de los diferentes entes territoriales y niveles administrativos de la organización estatal, en la cual la vinculación con el Estado es un elemento *sine qua non* de la procedencia de este control y responsabilidad.

Se destaca que el reconocimiento en leyes especiales de particulares que ejercen funciones administrativas, como la Federación Nacional de Cafeteros, las cámaras de comercio y las notarías, no mutó ni transformó estos fundamentos, y, por consiguiente, estos quedaron excluidos como sujetos pasivos de tal control.

Con la expedición de la Carta constitucional de 1991 y el reconocimiento de que los particulares excepcionalmente pueden ejercer funciones públicas, administrativas, se evidenció la necesidad de imponer controles que garantizaran su ejercicio efectivo, conforme al artículo 123 constitucional, que impuso al legislador regular la materia. A pesar de la omisión del le-

gisador de regular un régimen disciplinario de manera inmediata, varias razones justificaron este control, con fundamento en una interpretación sistemática de la Constitución, específicamente de los artículos 118,¹ 123,² 124,³ y 277 numerales 5 y 6,⁴ de los cuales se concluye que el control disciplinario fue reservado por el constituyente para quienes cumplen funciones públicas, especialmente administrativas, independientemente de si lo hacen de manera permanente o temporal y de su vinculación con el Estado.

5.4.1.2. Consagración expresa y especial del control disciplinario

El legislador unificó el régimen disciplinario en el Código Único Disciplinario, Ley 200 de 1995, que incluyó, por primera vez, a los particulares que ejercen funciones públicas como sujetos pasivos del control disciplinario, al enunciar dentro de sus destinatarios a “*los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria*, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión de Lucha Ciudadana contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Nacional” —artículo 20—. Pronto los pronunciamientos de constitucionalidad de esta disposición y la Ley 200 de 1995 justificaron su procedencia con ocasión del criterio subjetivo y del criterio material o ejercicio de la función administrativa.

La Corte Constitucional en la sentencia C-280 de 1996 examinó la expresión *contrato de trabajo* como de *prestación de servicios* contenida en los artículos 29 y 32, señalando que el fundamento del control disciplinario residía en la relación subjetiva de subordinación del particular frente al

1 Art. 118. “[...] Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas”.

2 Art. 123. “[...] La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

3 Art. 124. “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”.

4 Art. 277. “El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: [...] 5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas. 6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley”.

Estado, razón por la cual procedía este control frente a los servidores públicos vinculados mediante contrato de trabajo, pero no frente a los contratistas de prestación de servicios.

Días después, en la sentencia C-286 de 1996, la Corte analizó el artículo 20 de la Ley 200 de 1995, en relación con el carácter temporal y permanente de la función, revaluando el criterio de la subordinación, y admitió la procedencia del control disciplinario con fundamento en una *posición cualificada* del particular que ejerce funciones administrativas, razón suficiente para no equiparlo con un simple particular. Así, estableció que “En los señalados eventos, el fundamento de la responsabilidad del particular es *material* y la aplicación del régimen disciplinario *objetiva*, ya que ni una ni otra atienden al estado o condición de quien actúa sino a la función pública que le ha sido encomendada y al interés, también público, que a ella es inherente”.

La asunción de control frente a los particulares revaluó el criterio de su vinculación: del subjetivo, marcado por las relaciones de jerarquía y subordinación, al material, donde prevalecen las funciones y actividades materiales a cargo, lo que produce un cambio de paradigma del derecho disciplinario tradicional por la transformación de su ámbito de acción hacia una concepción material de la gestión pública. Se revalúa la responsabilidad de los particulares que intervienen en lo público, quienes adquieren un estatus especial que modifica, entre otros principios, la lectura del artículo 6 de la Carta constitucional, para atribuirles mayor control.

Cambia así sustancialmente la lectura del artículo 6.º de la Constitución Política, que ya no admite una interpretación literal sino sistemática: a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse —se repite— en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo (Corte Constitucional, 1996, sent. C-286).

En estos términos, el fundamento de la responsabilidad disciplinaria es la *posición especial* que tiene en el ordenamiento jurídico, por la relación con *el interés general*, vínculo que no lo convierte en servidor público. Y aunque la Ley 200 de 1995 no es clara para aplicar un criterio subjetivo o material de vinculación, la jurisprudencia fue consolidando el material. Así, en la sentencia C-563 de 1998, dispuso: “La Corte ha señalado los eventos en que es posible la asignación de funciones públicas, precisando que el ejercicio de éstas no puede estar al margen de los controles públicos, ni supeditado a consideraciones subjetivas, pues su valoración no atiende a la condición de quien la ejerce, sino a su materialidad”.

De esta manera se justificó la vinculación de los particulares al régimen disciplinario, que se concretó con la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, y se reiteró en la Ley 1952 de 2019, Código General Disciplinario. En la Ley 734 de 2002 se reguló como sujetos disciplinables a “los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los *particulares* contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código” (art. 25). En el Libro III se estableció un régimen especial para estos sujetos y se precisó la noción de *particular*, incluyendo los interventores, los particulares en ejercicio de funciones públicas o con administración de recursos públicos y casos controvertidos de ejercicio de función administrativa, como los prestadores de servicios públicos a cargo del Estado.

Posteriormente, la Ley 1474 de 2011 fortaleció los controles de la gestión pública y en el artículo 44 modificó el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, y prescribió los supuestos donde se entiende que un particular ejerce funciones públicas administrativas, así:

Art. 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 acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

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

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.

En la Ley 1952 de 2019, actual Código General Disciplinario⁵, se incluyó como destinatarios de la ley disciplinaria a los “particulares contemplados en ley” —artículo 25— y se reiteró la existencia de un régimen especial de derecho disciplinario, previsto en el Libro III, en el cual se concreta la noción de particulares disciplinables en el artículo 70, retomando la disposición de la Ley 1474 e introduciendo dos modificaciones sustanciales: la incorporación de *los auxiliares de la justicia* y la variación de la noción de función pública como el *ejercicio de prerrogativas exclusivas de los órganos del Estado*.

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

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

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

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que

5 La vigencia del Código General Disciplinario, Ley 1952 de 2019, fue diferida hasta el 1 de julio de 2021 por el artículo 140 de la Ley 1955 de 2019 “Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”

hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

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

De este ámbito de aplicación se destaca que: i) no solo incluyó a los interventores como destinatarios de la ley disciplinaria, sino también a los supervisores, aspecto curioso porque conforme a Ley 1474 este rol lo asume un servidor público de la entidad, ii) formuló una definición de *ejercicio de función pública* y de *administración de recursos públicos*, iii) excluyó a los particulares que prestan servicios públicos de manera expresa, y iv) reguló la responsabilidad disciplinaria de las personas jurídicas.

En el primer caso, aunque parece un despropósito incorporar a los *supervisores*, su inclusión resulta necesaria porque también se pueden vincular mediante contrato de prestación de servicios, y los contratistas, en principio, no están sujetos al derecho disciplinario. En el segundo caso se formula una definición de *ejercicio de función pública*, reiterando el interés de circunscribir el ámbito de esta función que se advierte desde el año 2011. Es la segunda vez que el legislador propone una noción de *función pública* para efectos disciplinarios; sin embargo, la Ley 1952 de 2019 deja atrás los tres supuestos de la Ley 1474 que en la mayoría de los casos conlleven el ejercicio de la función administrativa (la realización de funciones administrativas, el ejercicio de actividades propias de los órganos del Estado y el ejercicio de la facultad sancionadora) y acoge un único criterio: el desarrollo o realización de las prerrogativas públicas por habilitación legal, administrativa o contractual.

De esta manera, se retoma el criterio propuesto por Maurice Hauriou para definir la función administrativa en atención a las *prerrogativas públicas*, con las ventajas y desventajas de esta categoría, entre ellas, la excesiva reducción de la función pública al uso de prerrogativas y exorbitancias. En comparación con la Ley 1474, no hay duda que cuando se ejerce una facultad sancionadora se realiza una prerrogativa pública, sin embargo, no siempre que se realiza funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado existe un poder exorbitante. En efecto, también se ejerce la función pública sin el uso de prerrogativas, verbigracia, las actividades de administración, fomento, asesoría, consulta y colaboración que realizan los particulares en ejercicio de función administrativa. Por ello,

los titulares del poder disciplinario tienen el reto de concretar el concepto de prerrogativa pública, para no dejar exentos de control disciplinario a los particulares que cumplen funciones administrativas —especialmente, aquellas que parecen no incorporar un poder o prerrogativa pública—.

Surge una discusión sobre el ámbito de aplicación de esta definición legal: si sólo tiene efectos disciplinarios, tesis I, o si los tiene para cualquier otra forma de control, tesis II. Apoyamos la tesis I con los siguientes argumentos: i) una interpretación ajustada a la ubicación y al tópico de la ley permite concluir que solo tiene efectos disciplinarios, en caso contrario el legislador habría señalado la salvedad y ii) el principio de legalidad exige que las disposiciones en materia sancionatoria tengan una hermenéutica estricta o interpretación restrictiva, razón por la cual solo se consagró para efectos disciplinarios y no otros —fiscales o penales—. En conclusión, la tesis I es más apropiada para efectos sancionatorios, pero si subyace una finalidad diferente se puede asumir la tesis II, respetando el principio de legalidad y el debido proceso como garantías fundamentales de la potestad punitiva del Estado.

Igualmente se incorporó una definición legal sobre la administración de recursos públicos, actividad que representa una clara manifestación del ejercicio de funciones administrativas, reiterándose la condición de particular sujeto al control disciplinario. La Corte Constitucional en la sentencia C-181 de 2002 declaró exequible el artículo 20 de la Ley 200 de 1995, frente al aparte que extendió el control a *las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Nacional*.

La administración de recursos públicos y el ejercicio de funciones públicas como ámbitos delimitados por la Ley 1952 de 2019 brindan un ámbito de certeza y seguridad jurídica; pero también evidencian la necesidad de concretar el criterio material —función pública y administrativa—, que compagine con la nueva dimensión de la gestión pública y que incluya la intervención de los particulares.

En el tercer caso, excluyó a los prestadores de servicios públicos del control disciplinario, reservando su aplicación sólo en los supuestos en que cumplan función pública. De esta manera, el artículo 70 del Código General Disciplinario –CGD– establece con un criterio de autoridad que la *función pública* y el *servicio público* son diferentes, distinción que la Corte Constitucional abordó desde la sentencia C-037 de 2003, en virtud de sus

fundamentos constitucionales y sus titulares. Por lo tanto, a la luz de las ideas planteadas en el primer capítulo de este libro y en el artículo 70 del CGD, se considera que en los supuestos donde el servicio público conlleve el ejercicio de una función pública debe aplicarse el derecho disciplinario.

En cuarto lugar, frente a la responsabilidad de las personas jurídicas, esta se concreta en los representantes legales de las personas jurídicas privadas como de los miembros de sus juntas directivas; la novedad, entonces, reside en el deber de ejercer la función administrativa conforme a los principios prescritos por la Carta constitucional y la Ley 489 de 1998. La Corte Constitucional en la sentencia C-1076 de 2002 estudió la constitucionalidad de este inciso del artículo 53 de la Ley 734, reiterado en el artículo 70 de la Ley 1952, y señaló que el establecimiento de un régimen disciplinario especial para estas personas, con la prevención de unas faltas disciplinarias determinadas, busca garantizar el cumplimiento de los deberes funcionales, y en tal sentido debe comprenderse.

El régimen disciplinario no quiere dejar zonas exentas de vigilancia y responsabilidad; por ello, a diferencia de otros ámbitos, regula la responsabilidad no solo de las personas naturales sino también de las jurídicas, pero en este caso se la imputa a quienes tienen la representación y el poder de decisión en la institución para garantizar el adecuado ejercicio de la función pública.

5.4.1.3. Casos controvertidos de aplicación del régimen disciplinario

Aunque existe claridad sobre la procedencia del control disciplinario frente a los particulares que ejercen funciones públicas, existen supuestos dudosos o problemáticos, por partir de una concepción clásica y tradicional del derecho disciplinario o cuestionarse el ejercicio de la función pública. Con el fin de delimitar el alcance del particular como sujeto pasivo de este régimen, se abordará la relación del contrato de trabajo y del contrato de prestación de servicios.

¿Los particulares vinculados por contrato de trabajo pueden ser sujetos pasivos del control disciplinario?

La noción genérica de *servidor público* incluye a los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado conforme al inciso 1 del artículo 123 de la Constitución Política; en consecuencia,

las personas vinculadas mediante contrato de trabajo a las entidades de las ramas del poder público y órganos autónomos son *servidores públicos*, y en virtud del artículo 25 de la Ley 1952 de 2019 son sujetos pasivos del régimen disciplinario.

Sin embargo, existen discusiones con entidades de régimen jurídico privado o especial, como el Banco de la República y las sociedades de economía mixta. La Corte Constitucional, abordó el tema en la sentencia C-341 de 1996, cuando estudió la expresión *trabajadores del Banco de la República* incorporada dentro de los destinatarios del control disciplinario en el artículo 20 de la Ley 200 —antecedente de la Ley 1952—. La Corte iteró en esta providencia que la autonomía que les reconoce la Constitución a los órganos autónomos no es absoluta sino relativa, en el sentido de que debe ejercerse dentro de los términos de la Constitución y de la ley, de modo que esta calidad no significa ausencia de controles. Por consiguiente, como el banco cumple funciones públicas, sus trabajadores son servidores públicos que desempeñan actividades de la misma índole, bajo una relación de trabajo subordinada regida por un contrato de trabajo, conforme a las normas del Código Sustantivo de Trabajo, siendo conforme la aplicación del control disciplinario.

Tampoco es contrario a la Constitución el que a los trabajadores del Estado vinculados por contrato de trabajo se les aplique el régimen disciplinario previsto en la ley 200 de 1995, por las razones, ya reseñadas, expuestas por la Corte en la sentencia C-280/96. Además, la autonomía que se predica del Banco no comporta lo correspondiente al régimen disciplinario de sus servidores, pues lo relativo a la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos es materia que corresponde regular al legislador, con fundamento, principalmente, en los arts. 6, 124, 150.23 y 209 de la Constitución. Naturalmente esto no se opone a que en sus estatutos se determinen, como ya se hizo (arts. 51 a 54), inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y deberes especiales para los trabajadores del Banco, ni que en el reglamento de trabajo se puedan regular aspectos de orden disciplinario, como los ya mencionados, siempre y cuando las respectivas normas no se opongan a la ley (Corte Constitucional, 1996, sent. C-341).

Cuando se trata de las *empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios*, la situación es más problemática, por su participación pública y privada y porque al ser un prestador de servicios públicos no pierde su carácter de

expresión de la actividad estatal. En la sentencia C-736 de 2007, la Corte señaló que “en virtud de lo dispuesto por el artículo 123”, sus “empleados y trabajadores” son “servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas”, una de ellas comprendida por las personas que prestan sus servicios en estas empresas aunque se rijan por las reglas del derecho privado (Marín Cortés, 2006, p. 85).

En principio, el legislador tiene competencia tanto para establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas como “la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva” —artículos 150, numeral 7, y 124 de la Constitución—, y en ejercicio de esta función el originario artículo 53 de la Ley 734, extendió la calidad de sujetos disciplinables a los particulares que ejercen funciones públicas “salvo las *empresas de economía mixta* que se rijan por el régimen privado”.⁶

La Corte Constitucional, en la sentencia C-338 de 2011, se pronunció sobre esta disposición y cayó en una profunda imprecisión porque no estableció ninguna diferencia entre las nociones de *empresas y sociedades de economía mixta*; y apoyándose en sus actividades empresariales, industriales y comerciales, en el régimen de derecho privado y en la posibilidad de encontrar subclases dentro de la noción de *servidores públicos*, concluyó que era exequible su exclusión del control disciplinario por estar conforme con los artículos 123, 210 y 124 de la Constitución, que regulan a los particulares con funciones administrativas.

Más adelante, señaló como *ratio decidendi* que “la condición de servidor público no apareja como inexorable consecuencia la aplicación del régimen disciplinario previsto en la Ley 734 de 2002”, y ante la variedad de servidores públicos la asimilación de todos no ofrece criterios adecuados para adelantar un juicio de igualdad, por lo que precisó que esta decisión no significa ausencia total de controles, porque estas entidades son organismos vinculados de la administración pública y están sujetas a la dirección administrativa y a los controles de tipo fiscal, político y administrativo de tutela.

6 Sobre la naturaleza de estas empresas se presentan dos posiciones, así: i) no son entidades descentralizadas y no forman parte del Estado por no incluirse bajo esta categoría en la Ley 489 de 1998, siendo incluso una entidad pública, privada, e incluso autónoma; ii) es una entidad descentralizada y hace parte del Estado. *Cfr.* Marín Cortés, 2006, p. 131.

Esta decisión es controvertida y paradójica porque reduce toda la actividad de estas empresas mixtas a su objeto social como *empresarial*, dejando a un lado que en ella se invierten recursos públicos, que hacen parte de la rama ejecutiva del poder público y que la categoría de servidor público implica seguir los principios de la función pública, y que si estos se ven excepcionados en razón de la gestión empresarial, debe interpretarse restrictivamente y no puede trasladarse como regla a toda su gestión; verbigracia, el manejo del personal y presupuestal.

Por ello, es un contrasentido que los particulares que ejercen función pública —que siguen siendo particulares— se encuentren sujetos al derecho disciplinario, mientras que los servidores públicos de entidades que se incorporan a la estructura orgánica del Estado queden por fuera de este control. Cabe preguntarse, entonces: ¿Cómo y por qué vincular al particular pero excluir al servidor público del control disciplinario? ¿Acaso la excepción del artículo 53 solo se refería a la exclusión de los servidores públicos de las empresas mixtas como particulares para extenderles el régimen de los servidores públicos? ¿Hizo la Corte Constitucional una mala lectura de la disposición?

Con todo, esta posición se revaluó con la modificación de la Ley 1474 de 2011 que derogó tácitamente esta excepción y la Ley 1952 de 2019. El artículo 70 del Código General Disciplinario solo exceptuó del control disciplinario a los *particulares* prestadores de servicios públicos, salvo cuando cumplan funciones públicas; de modo que los *particulares vinculados por contrato de trabajo* en las sociedades de economía mixta, empresas mixtas, y, en general, todos los que ostentan la calidad de *servidores públicos*, a diferencia de lo considerado por la Corte Constitucional y ante la desaparición de la excepción ya referida, se rigen por la regla general prevista en el artículo 25 de la Ley 1952 de 2019, y como *servidores públicos* deben considerarse *sujetos pasivos del control disciplinario*.

¿Los contratistas son sujetos del control disciplinario?

Los contratistas no son servidores públicos; sin embargo, por la amplitud de las funciones que pueden desarrollar —en algunos casos tareas iguales o similares a los servidores públicos—, se generan controversias sobre la aplicación del control disciplinario, especialmente, porque el Código General Disciplinario no prohíbe expresamente su control. La Corte Constitucional abordó el tema en la sentencia C-280 de 1996, cuando estudió la

expresión *empleados, trabajadores y contratistas*, incluidas en varios artículos de la Ley 200 de 1995, frente a las sanciones de suspensión y terminación del contrato; diferenció a los contratistas de prestación de servicios de los trabajadores, y concluyó que la ausencia de subordinación de los primeros los excluye del régimen disciplinario. La sentencia C-286 de 1996 reiteró esta decisión: “Estímase necesario precisar que el ejercicio de funciones públicas por particulares, según lo visto, no incluye, para los fines de la Ley Disciplinaria, las relaciones contractuales entre el Estado y personas privadas, pues éstas son independientes en cuanto no las liga al ente público lazo alguno de subordinación”.

Además, en la sentencia C-037 de 2003, luego de explicar la situación de los particulares como sujetos pasivos del derecho disciplinario, concluyó que *al particular contratista no se le aplica el derecho disciplinario, por dos razones*: i) los particulares no pierden su calidad al contratar con el Estado, y ii) que en virtud del criterio subjetivo no hay subordinación jerárquica entre el contratista y la Administración sino que este presta un servicio de manera autónoma, por lo cual sus obligaciones y responsabilidades son las que se derivan del contrato y de la ley contractual. También precisó que la jurisprudencia aplicó un criterio material para identificar a los particulares destinatarios de la ley disciplinaria, a partir de la función encomendada y no de su relación con el Estado. En este orden de ideas, la Corte ha vinculado al contratista que tiene a cargo la administración de recursos parafiscales —sentencia C-181 de 2002— y al contratista-interventor.

La sentencia C-037 de 2003 abordó varios aspectos del artículo 53, entre ellos la primera parte, que prescribe: “*El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales*”, disposición que se reiteró en la Ley 1952 de 2019. Esta norma se demandó por extender el control disciplinario a los contratistas y ser una extralimitación legislativa frente a la responsabilidad de los particulares prevista en el artículo 6 constitucional. No obstante, se declaró exequible por el criterio material de delimitación del control disciplinario: el ejercicio de función administrativa.

para la Corte de los elementos que se desprenden de la ley resulta claro que al interventor le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración

precisamente acude a sus servicios. Dicha función de control, que las normas contractuales asignan a los servidores públicos, pero que excepcionalmente *en virtud del contrato de interventoría* puede ser ejercida por un particular, *implica en realidad el ejercicio de una función pública*. [...]

Concluye la Corte entonces que en el cumplimiento de las labores de interventoría en los contratos estatales el particular contratista se ve atribuido del ejercicio de una función pública y que en este sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria (Corte Constitucional, 2003, sent. C-037).

En este orden de ideas, no existe una regla absoluta que excluya a los contratistas del control disciplinario, pues no depende de la forma en que se concreta la relación entre el Estado y el particular, sino de las actividades y funciones a cargo. Por ende, si el contratista ejerce función administrativa, está sujeto al derecho disciplinario; en caso contrario, atendiendo a la interpretación restrictiva de la legislación disciplinaria, como manifestación del *ius puniendi* del Estado, solo procederán los mecanismos contractuales previstos para garantizar el objeto contractual.

5.4.2. Régimen especial de responsabilidad disciplinaria para la función administrativa por particulares

Que un particular que ejerce función administrativa conserve su calidad subjetiva de *particular* no es un dato teórico desprovisto de consecuencias jurídicas, pues aun cuando en muchos ámbitos jurídicos se equipare a los servidores públicos, existen otras áreas donde la diferencia no es cuestión de detalle sino la razón de un tratamiento jurídico especial. Esto sucede con el control y la responsabilidad disciplinaria, donde se ha diferenciado al particular que cumple funciones públicas del servidor público hasta configurar un auténtico régimen especial, razón por la cual se analizarán la necesidad de este y sus implicaciones.

En el Estado de Derecho, la potestad sancionadora del poder público reside en el principio de legalidad, conforme al cual no existe pena sin ley previa —*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*—, principio que se incorpora al debido proceso como derecho en las actuaciones judiciales y administrativas, sancionatorias y no sancionatorias, y, para el caso concreto, en la extensión del régimen disciplinario a los particulares que cumplan funciones administrativas.

La necesidad de un régimen jurídico acorde con las exigencias del debido proceso se presentó desde la Ley 200 de 1995, que consagró a los particulares como sujetos del control disciplinario, los equiparó a la noción de *servidor público* en múltiples disposiciones —en algunos casos acompañada de la expresión *o particular que ejerza funciones públicas*—, generando discusiones especialmente al tipificar las faltas, la vinculación de las mismas, determinar el alcance de este régimen, la constitucionalidad de una equiparación total con los servidores públicos, aun con ausencia de subordinación, que fundamentó la necesidad, pertinencia e incluso constitucionalidad de un régimen disciplinario especial.

En este sentido, la jurisprudencia abogó por la necesidad de un régimen especial y la existencia de un mandato constitucional para que el legislador regulara la materia. La Corte Constitucional desde la sentencia C-286 de 1996 señaló que la Ley 200 solo vinculaba a los particulares al derecho disciplinario pero no establecía su régimen: “Por otra parte, la Corte debe advertir que la norma objeto de proceso fija apenas el ámbito de aplicación de la normatividad disciplinaria e incluye allí a los particulares que ejerzan funciones públicas, *lo cual no implica que el mismo precepto se haya ocupado en la definición íntegra del régimen disciplinario que el Estado puede aplicar a tales personas*”.

Para la Corte, en virtud del principio de legalidad, la incorporación de los particulares como sujetos pasivos del poder disciplinario no podía representar una norma abierta que automáticamente los expusiera al escrutinio arbitrario de su actividad y a la expectativa de procesos y sanciones ajenos a reglas legales predeterminadas, por ende precisó el alcance de la regulación de la Ley 200, atribuyéndole al legislador la tarea de regular la materia.

Lo que se declara exequible en esta ocasión es únicamente la expresión demandada y su implicación fundamental, cual es la de que los particulares que ejercen funciones públicas de modo permanente están sujetos al régimen disciplinario que la ley disponga.

Corresponde, entonces, al legislador establecer ese régimen, consagrar las faltas que pueden imputarse a las personas en dicha situación, estatuir las reglas procesales aplicables y las pertinentes sanciones, sin que pueda entenderse que se les traslada en bloque el régimen consagrado para los servidores públicos.

La constitucionalidad de las correspondientes disposiciones habrá de verificarse en su momento, por lo cual no resulta ni se desprende de la que ahora se declara (1996, sent. C-286).

En la sentencia C-181 de 2002 estudió la constitucionalidad del artículo 20 de la Ley 200 de 1995, abordando la vinculación de los particulares al régimen disciplinario y el criterio material de su procedencia: el ejercicio de la función pública. También advirtió que con fundamento en el principio de legalidad y razonabilidad no se les podía extender todo el régimen del Código Único Disciplinario, sino que el legislador debería regular los supuestos específicos donde se le aplicaría el respectivo control, y con ello apeló a la configuración de un régimen especial.

Estas decisiones impulsaron la expedición de la Ley 734 de 2002, normativa que se justificó en la necesidad de un nuevo régimen disciplinario, la necesidad de un régimen propio y uniforme para los particulares, que hiciera efectivo este sistema de control. Hasta ese momento el régimen vigente solo se limitaba a mencionar que son destinatarios de la ley disciplinaria, pero no reguló sus deberes y prohibiciones, las faltas específicas en que incurrían, ni las sanciones que pueden imponérselas, razón por la que era un imperativo configurar su régimen disciplinario.

La Ley 734 de 2002 integró un régimen especial para los particulares, en los artículos 52 a 65, y la Ley 1952 de 2019, el Código General Disciplinario lo reiteró. La existencia de este régimen especial surge con la finalidad de tener un bloque común de disposiciones que garantice la igualdad de trato y respetar las especificidades del estatus de particular, puntualmente en cinco aspectos: faltas, sanciones, deberes, prohibiciones e inhabilidades. Así se precisó en la exposición de motivos:

Se consideró que los regímenes disciplinarios propios que por mandato constitucional debe establecer la ley tanto para los particulares que desempeñen funciones públicas (art. 123) como para los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (art. 217 y 218), pueden incluirse en el Código Disciplinario Único, en un aparte especial. De este modo se preserva la especificidad que requieren estos dos sectores de la función pública en la regulación de los aspectos sustanciales de las normas disciplinarias que les son aplicables (faltas, sanciones, deberes, prohibiciones, inhabilidades), a la vez que se les garantiza la igualdad respecto de los demás servidores públicos, en la aplicación de

los principios rectores y los derechos y garantías procesales (Congreso de la República, 2000, julio 27).

De conformidad con lo anterior, los particulares en ejercicio de funciones administrativas no solo son sujetos del control disciplinario, sino que tienen una normativa especial, que garantiza el derecho a la igualdad, la legalidad y el debido proceso. Esta normatividad especial se conservó en el Código General del Disciplinario, la Ley 1952 de 2019, sancionada el 28 de enero de 2019, razón por la cual se destacarán los aspectos más importantes contemplados en el régimen disciplinario vigente, precisando que se mantiene casi en su integridad la regulación prevista en la Ley 734 de 2002.

5.4.3. Alcance del régimen disciplinario especial para los particulares que ejercen función administrativa

La Ley 1952 de 2019 regula el régimen de los particulares, señalando su contenido en el artículo 69: a) la determinación de los sujetos disciplinables, b) las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses, c) el catálogo especial de faltas imputables, y d) en los artículos 73 y siguientes las sanciones. La especialidad del régimen se enfoca en estos aspectos y en lo demás se aplica la preceptiva general, razón por la que nos detendremos en estos aspectos.

a) En relación con las *inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses* se establecen las causales, que en su mayoría remiten a otros estatutos que consagran las que rigen para los servidores públicos: i) las derivadas de sentencias o fallos judiciales o disciplinarios de suspensión o exclusión del ejercicio de su profesión; ii) las previstas en los artículos 8 de la Ley 80 de 1993 y 113 de la Ley 489 de 1998,⁷ o en las normas que los modifiquen o complementen; iii) las del artículo 42

⁷ Art. 113. “*Inhabilidades e Incompatibilidades*. Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargadas del ejercicio de funciones administrativas están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida. Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas jurídicas privadas que hayan ejercido funciones administrativas, no podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado”.

y 43 de la Ley 1952,⁸ relacionadas con las inhabilidades e incompatibilidades —equivalente a los artículos 37 y 38 de la derogada Ley 734—; y iv) las previstas en la Constitución, la ley y decretos, referidas a la función pública que el particular ejerza.

El artículo 71 incluyó una cláusula general de tipificación, que incorpora las inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses previstos en la Constitución y la ley, pero solo frente a *la función pública que el particular deba cumplir*, razón por la que se respeta el régimen especial frente a los particulares y el juicio de sus actividades solo en lo que respecta a su función. A modo de ilustración, deben tenerse en cuenta las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos establecidos

8 Art. 42. “*Otras Inhabilidades*. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.

Esta inhabilidad tendrá una duración igual al término de la pena privativa de la libertad.

2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.

3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.

4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.[...]”

Art. 43 “*Otras Incompatibilidades*. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta doce meses después del vencimiento de su período o retiro del servicio:

a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;

b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

2. Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia.

Esta incompatibilidad se extiende desde el momento de su vinculación y hasta doce meses después del retiro del servicio.

3. Para todo servidor público, contratar con el Estado, salvo las excepciones constitucionales o legales”.

para los curadores urbanos en los artículos 25, 26 y 27 de la Ley 1796 de 2016.

El artículo 54 de la Ley 734 de 2002 también incluía al *decreto* como fuente normativa de estas limitaciones, pero fue objeto de censura ante la Corte Constitucional, que en la sentencia C-1076 de 2002 declaró exequible la expresión en el entendido de que hacía referencia a *decretos con fuerza de ley*, interpretación que se debe tener en cuenta en aplicación de la Ley 1952 de 2019, pues en materia disciplinaria existe una reserva legal para erigir las conductas reprochables, que no se exceptúa frente a los particulares con funciones administrativas.

El Código General Disciplinario avanzó en la regulación de los particulares disciplinables al configurar, por primera vez, en el párrafo del artículo 71 una regulación de los conflictos de intereses, determinando causales de impedimento y reiterando que cuando el interés general entre en conflicto con un interés particular y directo, el particular disciplinable deberá declararse impedido. No obstante, es cuestionable que esta disposición se limite a señalar la prescripción del artículo 11, numeral 1, de la Ley 1437 de 2011, puesto que este estatuto procesal también es aplicable a los particulares que ejercen funciones administrativas y es más exhaustivo con las causales de impedimento.

Finalmente, se encuentra que la finalidad del artículo 71 de la Ley 1952 de 2019 no es constituir una lista taxativa y especial de restricciones para acceder al ejercicio de la función pública, pues en todos los supuestos se remite a las previstas por otras fuentes normativas. El interés del legislador fue garantizar el principio de legalidad, por eso más que un contenido novedoso, compila las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses aplicables a los particulares con funciones públicas, de modo que sirve de garantía frente a la dispersión y especialidad de su régimen jurídico.

- b) Además, prescribe *faltas especiales* en el artículo 72 de la Ley 1952 de 2019 caracterizadas por: i) su taxatividad porque *solo responderán de las faltas gravísimas aquí descritas*; ii) por no graduarse en leves, graves y gravísimas, sino solo gravísimas, excluyéndose las demás clasificaciones que solo operaran para los servidores públicos; iii) estas faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa, de modo que se proscribe la responsabilidad objetiva; y iv) aunque se contempla una lista aparente-

mente corta de faltas —once—, el numeral diez contiene una remisión a 21 faltas gravísimas, previstas en diferentes artículos de la Ley 1952 para los servidores públicos, por lo que el régimen de conductas disciplinables es amplio.

Con el fin de dimensionar el alcance del control disciplinario, se citará *in extenso* el artículo 72 de la Ley 1952 de 2019 con las faltas gravísimas aplicables a los particulares con funciones administrativas, sin el ánimo de comentarlas o estudiarlas en detalle, pues sería un objetivo que supera el objeto de este trabajo. Al respecto, se prescribe:

Artículo 72. Sujetos y faltas gravísimas. Los sujetos disciplinables por este título solo responderán de las faltas gravísimas aquí descritas; son faltas gravísimas las siguientes conductas:

1. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad, impedimento o conflicto de intereses establecidos en la Constitución o en la ley.
2. Desatender las instrucciones o directrices contenidas en los actos administrativos de los organismos de regulación, control y vigilancia o de la autoridad o entidad pública titular de la función.
3. Apropiarse, directa o indirectamente, en provecho propio o de un tercero, de recursos públicos, o permitir que otro lo haga; o utilizarlos indebidamente.
4. Cobrar por los servicios derechos que no correspondan a las tarifas autorizadas en el arancel vigente, o hacerlo por aquellos que no causen erogación.
5. Ofrecer u otorgar dádivas o prebendas a los servidores públicos o particulares para obtener beneficios personales que desvíen la transparencia en el uso de los recursos públicos.
6. Abstenerse de denunciar a los servidores públicos y particulares que soliciten dádivas, prebendas o cualquier beneficio en perjuicio de la transparencia del servicio público.
7. Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante.
8. Ejercer las funciones con el propósito de defraudar otra norma de carácter imperativo.
9. Abusar de los derechos o extralimitarse en las funciones.
10. Las consagradas en el numeral 14 del artículo 39; numerales 2, 3, 6 y 7 del artículo 54; numerales 4, 7 y 10 del artículo 55; numeral 3 del

artículo 56; numerales 1, 8, 9, 10 y 11 del artículo 57; numeral 2 del artículo 60; numeral I del artículo 61; numerales 1, 4, 5, 6 y 8 del artículo 62, cuando resulten compatibles con la función, servicio o labor.

11. Cuando la conducta no pueda adecuarse a ninguna de las anteriores faltas, en virtud de los principios de especialidad y subsidiariedad, constituirá falta gravísima realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando de él.

Parágrafo 1o. Las faltas gravísimas solo son sancionables a título de dolo o culpa.

Parágrafo 2o. Los árbitros y conciliadores quedarán sometidos además al régimen de faltas, deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses de los funcionarios judiciales en lo que sea compatible con su naturaleza particular. Las sanciones a imponer serán las consagradas para los funcionarios judiciales acorde con la jerarquía de la función que le competía al juez o magistrado desplazado.

En relación con el numeral 10 del artículo citado se destaca que reitera en gran medida lo dispuesto en el artículo 55, numeral 11, de la Ley 734, y consolida el interés de establecer una lista taxativa de faltas gravísimas aplicables a los particulares que ejercen funciones públicas, diferenciándolos de los demás servidores públicos. En este sentido, el principio de legalidad de las faltas y sanciones exige conocer estas faltas y con este propósito se citarán *in extenso* las faltas gravísimas referidas, aplicables a los particulares que ejercen funciones públicas, así:

Artículo 39. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido: [...] 14. Ordenar el pago o percibir remuneración oficial por servicios no prestados, o por cuantía superior a la legal, o reconocer y cancelar pensiones irregularmente reconocidas, o efectuar avances prohibidos por la ley o los reglamentos.

Artículo 54. Faltas relacionadas con la contratación pública. [...]

2. Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental.

3. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

6. No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción obra que no ha sido ejecutada a cabalidad.

7. Omitir, el supervisor o el interventor, el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.

Artículo 55. Faltas relacionadas con el servicio o la función pública [...]

4. No resolver la consulta sobre la suspensión provisional en los términos de ley. [...]

7. Omitir, alterar o suprimir la anotación en el registro de antecedentes, de las sanciones o causas de inhabilidad que, de acuerdo con la ley, las autoridades competentes informen a la Procuraduría General de la Nación, o hacer la anotación tardíamente. [...]

10. Incurrir injustificadamente en mora sistemática en la sustanciación y fallo de los asuntos asignados. Se entiende por mora sistemática el incumplimiento por parte de un servidor público de los términos fijados por ley o reglamento interno en la sustanciación de los asuntos a él asignados, en una proporción que represente el veinte por ciento (20%) de su carga laboral. [...]

Artículo 56. Faltas relacionadas con el régimen de incompatibilidades, inhabilidades, impedimentos y conflictos de intereses.

[...]3. Contraer obligaciones con personas naturales o jurídicas con las cuales se tengan relaciones oficiales en razón del cargo que desempeña violando el régimen de inhabilidades e incompatibilidades señaladas en las normas vigentes.

Artículo 57. Faltas relacionadas con la hacienda pública.

1. Autorizar u ordenar la utilización indebida, o utilizar indebidamente rentas que tienen destinación específica en la Constitución o en la ley. [...]

8. Efectuar o autorizar la inversión de recursos asignados a la entidad o administrados por esta, en condiciones que no garanticen, necesaria-

mente y en orden de precedencia, liquidez, seguridad y rentabilidad del mercado.

9. No efectuar oportunamente e injustificadamente, salvo la existencia de acuerdos especiales de pago, los descuentos o no realizar puntualmente los pagos por concepto de aportes patronales o del servidor público para los Sistemas de Pensiones, Salud y Riesgos Profesionales del Sistema Integrada de Seguridad Social o, respecto de las cesantías, no hacerlo en el plazo legal señalado y en el orden estricto en que se hubieren radicado las solicitudes. De igual forma, no presupuestar ni efectuar oportunamente el pago por concepto de aportes patronales correspondiente al 3% de las nóminas de los servidores públicos al ICBF.

10. Ejecutar por razón o con ocasión del cargo, en provecho suyo o de terceros, actos, acciones u operaciones o incurrir en omisiones tendientes a la evasión de impuestos, cualquiera que sea su naturaleza o denominación, o violar el régimen aduanero o cambiario.

11. No dar cumplimiento injustificadamente a la exigencia de adoptar el Sistema Nacional de Contabilidad Pública de acuerdo con las disposiciones emitidas por la Contaduría General de la Nación y no observar las políticas, principios y plazos que en materia de contabilidad pública se expidan con el fin de producir información confiable, oportuna y veraz.

Artículo 60. Faltas relacionadas con la intervención en política. [...]

2. Utilizar el empleo para presionar a particulares o subalternos a respaldar una causa o campaña política o influir en procesos electorales de carácter político partidista.

Artículo 61. Faltas relacionadas con el servicio, la función y el trámite de asuntos oficiales.

1. Obstaculizar en forma grave la o las investigaciones que realicen las autoridades administrativas, jurisdiccionales o de control. [...]

Artículo 62. Faltas relacionadas con la moralidad pública.

1. Dar lugar a que por culpa gravísima se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o a cargo del mismo, o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, en cuantía igual o superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales. [...]

4. Atentar, con cualquier propósito, contra la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación, u obtener información o recaudar prueba con desconocimiento de los derechos y garantías constitucionales y legales.

5. Causar daño a los equipos estatales de informática, alterar, falsificar, introducir, borrar, ocultar o desaparecer información en cualquiera de los sistemas de información oficial contenida en ellos o en los que se almacene o guarde la misma, o permitir el acceso a ella a personas no autorizadas.

6. Amenazar o agredir gravemente a las autoridades legítimamente constituidas en ejercicio o con relación a las funciones.

8. Influir en otro servidor público o particular que ejerza función pública, prevaliéndose de su cargo o de cualquier otra situación o relación derivada de su función o jerarquía para conseguir una actuación, concepto o decisión que le pueda generar directa o indirectamente beneficio de cualquier orden para sí o para un tercero. Igualmente, ofrecerse o acceder a realizar la conducta anteriormente descrita.

Además de este régimen general de faltas disciplinarias, deben tenerse en cuenta las faltas previstas en normas especiales o sectoriales, con fuerza de ley, previstas para los particulares que ejercen funciones administrativas; es el caso de los curadores urbanos a los cuales se suman las faltas gravísimas del artículo 28 de la Ley 1796 de 2016.

c) El artículo 73 de la Ley 1952 de 2019 reguló *sanciones especiales* para los particulares vinculados al derecho disciplinario, específicamente estableció multas y de manera concurrente la inhabilidad para ejercer empleo público, función pública o prestar servicios al Estado, y también contratar con él —por un término de uno a veinte años—, en comparación con la destitución, suspensión, inhabilidad general y especial y multa prevista para los servidores públicos —artículo 48 de la Ley 1952—. Pero, en caso de que la vinculación provenga de nombramiento oficial, la sanción será de “destitución e inhabilidad de 1 a 20 años”.

Podría cuestionarse la distinción de las sanciones, pero obedecen a la diferencia de *status* que tienen los sujetos pasivos: particulares en un caso y servidores públicos en el otro, justificado en la operatividad de la responsabilidad, *so pena* de configurar un régimen ineficaz frente a los particulares.

d) Además, el artículo 74 de la Ley 1952 de 2019 consagró criterios adicionales al artículo 50, para graduar las sanciones: i) el resarcimiento del perjuicio causado, ii) la situación económica del sancionado, y iii) la cuantía de la remuneración percibida por el servicio prestado.

La adopción de estos criterios obedece al estatus de los particulares, que amerita un trato especial para que sea efectivo su régimen de responsabilidad. En la exposición de motivos se señaló que solo es imponible la multa y la inhabilidad general; y para el monto de la multa se consagraron criterios que atienden la singularidad de la relación funcional de los particulares con el Estado, la situación económica del sancionado o su remuneración, circunstancias que no serían aplicables a los servicios públicos.

Con fundamento en la delimitación del sujeto disciplinable se evidencia la pertinencia de un régimen disciplinario especial para los particulares que ejerzan funciones administrativas. Un régimen que esté acorde con la realidad económica, social y política de la nueva dimensión de lo público y la expansión de las funciones públicas, especialmente administrativas en manos de particulares, y garantice los cambios y transformaciones de los controles de la gestión pública contemporánea, de modo que, la función administrativa por particulares no representa una huida sino una extensión del derecho público administrativo.

5.5. Control y responsabilidades de tipo penal

En el derecho penal los particulares que ejercen función administrativa tienen mayores responsabilidades porque se equiparan a *servidores públicos*. El legislador amplificó el sujeto activo calificado de *servidor público a secas* para incluir a *sujetos que materialmente no ostentan esta calidad* y aplicarles todos sus efectos como *servidores públicos por asimilación* (Gómez Méndez, 2008, p. 85).

Tal medida protege la nueva concepción material de la función pública como bien jurídico tutelado, que se desarrolla en una lógica de corresponsabilidad entre el Estado y los ciudadanos en la gestión pública, superando la distinción de *lo puramente estatal* y *lo puramente privado*. Esta medida no es innovadora, porque existe desde 1980, lo que destaca la preocupación del legislador penal por consagrar un control especial que proteja la función administrativa.

Para comprender el alcance de esta equiparación y la magnitud de la responsabilidad penal, se abordarán sus antecedentes, la delimitación de los particulares que ejercen funciones administrativas conforme al Código

Penal, sus implicaciones y, a modo de conclusión, si se justifica penalmente considerar a los particulares que ejercen función administrativa como *servidores públicos*.

5.5.1. Antecedentes: Particulares que ejercen funciones públicas como sujetos cualificados en el ámbito penal

El interés de proteger penalmente el buen funcionamiento de la administración pública se sistematizó en el Código Penal Italiano de 1930, cuya influencia ha sido transcendental en el derecho colombiano. Dicho estatuto dividió las conductas contra la administración pública según el sujeto activo: un capítulo para las provenientes de los particulares —*extraneus*— y otro para las personas que pertenecían a la Administración —*intra-neus*—, donde incluyó tanto al oficial público como al encargado de un servicio público.

En Colombia, el Código Penal se organizó en razón de los bienes jurídicos tutelados, de modo que mientras en Italia era fácil deducir la equiparación del particular encargado de un servicio público con el funcionario oficial, en Colombia se acogió la categoría de funcionario o empleado público y se utilizaron indistintamente las nociones de *encargado del servicio público* y *persona que transitoriamente desempeñe funciones públicas*, sin definir las,⁹ como sucedió frente a los delitos de concusión, utilización de asuntos sometidos a reserva —artículos 156, 157 y 176 del Código Penal—, el cohecho, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas y prevaricato —artículos 160, 167 y 168—.

Fue en la Comisión Redactora del Código de 1980 donde apareció una disposición que contempló la posibilidad de que los particulares asumieran la calidad de *empleados públicos* y, finalmente, el Decreto Ley 100 de 1980, Código Penal, en la definición de *servidor público* incluyó a los particulares que ejercen funciones públicas, e incluso a los particulares encargados y prestadores de servicios públicos —artículo 63—. Esta disposición representó un gran avance técnico legislativo, porque ya no tenía que aludirse en cada tipo penal a las diferentes categorías de sujetos activos, pudiendo

⁹ Dicha situación se atribuye a la ausencia de un capítulo integrador de los delitos, como aconteció en el código italiano (Molina Arrubla, 2005, p. 38).

limitarse a la noción de *servidor público*. Sin embargo, la delimitación de las nociones de *toda otra persona que ejerza cualquier función pública y encargado de un servicio público* generaba importantes disquisiciones en la jurisprudencia sobre su extensión y alcance, de conformidad con las transformaciones del derecho administrativo (Corte Suprema de Justicia, 1991, enero 23).

Después de la Constitución Política de 1991, la Ley 190 de 1995, conocida como primer Estatuto Anticorrupción, modificó la noción de *servidor público* del Código Penal —artículo 18—, conservando la equiparación entre servidor público y particular que ejerce función administrativa, pero excluyendo a los particulares encargados de servicios públicos, los cuales pasaron a responder como *particulares* en sentido estricto. Además, incluyó como servidores públicos a nuevos sujetos: los funcionarios o trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

La Ley 599 de 2000, actual Código Penal, conservó esta disposición, en el artículo 20, que prescribe:

Artículo 20. Servidores públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, *los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.*

Por consiguiente, el legislador adoptó un *concepto amplio de servidor público* para incluir a sujetos que no hacen parte del Estado, pero que desarrollan funciones públicas, tanto administrativas, como de control, jurisdiccionales —conciliadores, árbitros y jurados de conciencia—, entre otras, con especial énfasis en los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción, y los particulares que administren contribuciones fiscales y parafiscales.

5.5.2. Delimitación de los particulares que ejercen funciones administrativas en el ámbito penal

Si bien el artículo 20 del Código Penal señala que los particulares que cumplen funciones públicas, en forma permanente o transitoria, son servidores públicos por asimilación, no define *cuáles son*. Esta delimitación subjetiva exige remitirse a otras disciplinas jurídicas y, al no distinguirse los supuestos, se concluye que comprende a todas las personas que la ley califica como *particulares que ejercen funciones públicas*. En esta línea, se precisarán algunas ideas derivadas de los sujetos de esta disposición.

- *Particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria.* Incluye a los particulares en ejercicio de funciones administrativas, para lo cual se debe tener presente lo previsto en el artículo 70 de la Ley 1952. En la doctrina penal, Gómez Méndez (2008, p. 89) incluye, entre otros supuestos, los previstos en los artículos 53 y 58 de la Ley 734 —anterior Código Único Disciplinario—, que señaló enunciativamente quiénes son para efectos disciplinarios, referencia importante ante la noción amplia de *servidor público*.
- *Los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción.* El artículo 71 de la Ley 190 de 1995 que creó esta comisión les da el calificativo de *servidores públicos*. Sin embargo, se advierte que *todo ciudadano* puede hacer parte de ella, por lo cual se evidencia que materialmente no son servidores públicos. El artículo 72 de la Ley 190 prescribió entre los requisitos para ser miembro de la comisión, “*No ser servidor público, ni tener vínculo contractual con el Estado*”, razones que permiten afirmar que en principio se trata de particulares; no obstante, al hacer parte de esta comisión adquieren la calidad de servidores públicos. Por ello, desde la doctrina se critica la referencia expresa de que sus miembros son servidores públicos, al ser innecesaria y reiterativa, puesto que de las funciones y forma de financiación, se deriva que, efectivamente, son servidores públicos (Gómez Méndez, 2008, p. 84; Molina Arrubla, 2005, pp. 46-47).
- *Las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.* Se identifican como si se tratara de un supuesto adicional, pero no es así, porque la administración de recursos parafiscales es un supuesto donde los particulares cumplen funciones administrativas. Los bienes parafiscales son gravámenes que afectan a cierto sector y

se utilizan para su propio beneficio; verbigracia, las cotizaciones a la seguridad social¹⁰ o ciertos pagos a organismos beneficiarios de estas tasas o contribuciones de carácter sectorial —café, palma, arroz—.

- La doctrina considera que esta equiparación es una nueva modalidad que retoma la responsabilidad cualificada de los prestadores privados de servicios públicos, por considerar que tal actividad no despliega una función pública (Molina Arrubla, 2008, p. 52), posición que no se comparte, pues el recaudo, manejo y administración de estos recursos, que tienen la categoría de *públicos* y no de *privados*, conlleva el ejercicio de funciones públicas.
- *Otros particulares equiparados a servidores públicos únicamente para efectos penales.* En algunos casos se refuerza el control y la responsabilidad penal en normas especiales, o simplemente se extiende este ámbito de protección frente a sujetos que colaboran con la Administración y que en algunos casos ejercen funciones administrativas, como acontece en materia contractual con los interventores, consultores y asesores, en los términos que más adelante se exponen.

a) El contratista, interventor, consultor y asesor: artículo 56 de la Ley 80 de 1993

La Ley 80 de 1993 señala en el artículo 52 que los contratistas responderán *penalmente* y el artículo 53 prescribe que los consultores, interventores y asesores responderán por las obligaciones derivadas del contrato y por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades respectivas. Estas disposiciones serían algo cotidiano y normal salvo porque el artículo 56 al regular la responsabilidad penal los equipara a *particulares que ejercen funciones públicas*, así:

Art. 56. *De la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal.* Para efectos penales, el contratista, el interventor, el

10 La Ley 828 de 2003 prescribe tipos penales especiales para los particulares que se apropien de estos recursos —peculado por apropiación—. En la omisión de su recaudo se presenta discusión entre el peculado por omisión y la omisión del agente retenedor o recaudador. *Cf.* Gómez Méndez, 2008, p. 97.

consultor y el asesor se consideran *particulares que cumplen funciones públicas* en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores público.

Esta disposición ha generado varias discusiones: en primer lugar, por su vigencia tras la expedición de la Ley 599 de 2000 —actual Código Penal—: un sector de la doctrina —Molina Arrubla (2008)— consideró que el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 se derogó tácitamente por insubsistencia sobreviviente conforme al artículo 3 de la Ley 153 de 1887; mientras otro sector afirmaba la vigencia de la disposición, pues el artículo 474 del Código Penal de 2000 solo derogó en forma implícita *lo que tiene que ver con la consagración de prohibiciones y mandatos penales*, incluyendo las normas complementarias o tipos penales *especiales*, pero no se extendió a la legislación complementaria que haya consagrado dispositivos amplificadores de los institutos penales (Gómez Méndez, 2008, pp. 99-100).

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia analizó el problema y concluyó que el artículo 56 de la Ley 80 conserva su vigencia por cuanto la derogatoria prevista en la Ley 599 se refirió al anterior Código Penal y las disposiciones que lo hayan modificado o complementado con la consagración de prohibiciones o mandatos penales (Corte Suprema de Justicia, 2005, febrero 16, sentencia reiterada 2012, agosto 29 y septiembre 12).

Esta disposición fue demandada en 1998, junto al artículo 63 de la Ley 190 de 1995, que modificó la noción de servidor público del Código Penal de 1980; y la Corte Constitucional, en la sentencia C-563 de 1998, precisó que el contratista no es un particular que ejerce función administrativa, sino un *colaborador del Estado*, el cual, para efectos penales, se asimila a un *servidor público*, solo cuando el contrato implique la asunción de funciones públicas, situación que justifica la mayor responsabilidad del contratista.

Adicionalmente, precisó que si bien algunos tipos de responsabilidades —disciplinarias o fiscales— son exclusivas de los servidores públicos, otras, como la penal, se extienden tanto a los servidores como a los particulares que ejercen función administrativa, de modo que, salvo que el

legislador actué de manera inconstitucional o desproporcionada, puede asignar este tipo de asimilaciones y determinar el alcance de la responsabilidad penal que les corresponde.

Por consiguiente, la extensión de la categoría de contratista como particular que ejerce función pública administrativa no está determinada *a priori*, de manera general y abstracta para todos los *contratistas*, sino que debe mirarse cada tipo contractual, sus funciones y actividades, para determinar si conlleva o no la atribución de funciones públicas, y en consecuencia considerarlos como *servidores públicos asimilados* para efectos penales.

Sin embargo, ¿incluye el artículo 56 a todos los contratistas o solo a quienes en razón a esa calidad cumplen funciones público-administrativas? Este interrogante permite comprender el alcance subjetivo de la disposición. Una respuesta clara es que la norma se refiere a la noción de *contratista*, sin establecer distinciones, razón por la que incluye a *todo contratista*. Sin embargo, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se identifican dos posiciones: en la primera, la Sala de Casación Penal consideró que la condición de servidor público la adquiriría todo contratista sin restricción. Así, la sentencia del 10 de noviembre de 2004 señaló:

[...] la relación que establecen los contratistas con las entidades estatales —como las denomina la Ley 80— o el ejercicio de funciones públicas por los particulares a título de consultores, interventores o asesores, los sitúa en un orden jurídico distinto al de los demás sujetos no cualificados, como lo ha destacado en copiosas decisiones la Corte Constitucional, lo que justifica plenamente que les sea dado un trato igual al de los servidores públicos en materia de responsabilidad civil y penal. [...]

15. Esta equiparación, que con nitidez surge de los citados artículos 52, 53 y 56 de la Ley 80 de 1.993, obedece a una sana previsión legislativa de conformidad con la cual los particulares que participan en desarrollo de la contratación administrativa, mediando a su vez un contrato de prestación de servicios, se encuentran igual de comprometidos en el deber de asegurar el cumplimiento de los principios inherentes a la contratación estatal, esto es, de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva, además de los postulados que rigen la función administrativa, de modo tal que su incumplimiento conlleva el mismo orden de responsabilidad predicable de los servidores públicos por sus actuaciones u omisiones antijurídicas.

En la segunda interpretación, se condiciona a que el contratista reciba por esta calidad la efectiva atribución de funciones públicas, pues en caso contrario no se configuran los presupuestos para su asimilación, razón suficiente para analizar la calidad del *servidor público asimilado* en cada caso concreto.

Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor que celebran contratos con las entidades estatales, solo adquieren la condición de servidores públicos por extensión cuando con motivo del vínculo contractual asumen funciones públicas, es decir, cuando el contrato implica la transferencia de una función de esta naturaleza, no cuando su objeto es distinto, como sucede cuando se circunscribe a una labor simplemente material, casos en los cuales continúan teniendo la condición de particulares (Corte Suprema de Justicia, 2012, mayo 30, sentencia).

La última interpretación de la Corte Suprema es plausible bajo una perspectiva garantista y restrictiva del derecho penal, pero *errada* a la luz del artículo 56 de la Ley 80. La tesis de la Corte solo es adecuada si se analiza el artículo 20 del Código Penal que exige verificar que el particular *efectivamente* ejerza una función pública; sin embargo, en los *contratistas estatales* la condición de ejercicio de función pública la otorga el legislador en el artículo 56 de la Ley 80, es decir, que se asigna por un criterio de autoridad en una disposición que se declaró exequible en la sentencia C-563 de 1998, razón por la cual la interpretación de la Corte Suprema se torna injustificada.

Dejando de lado la delimitación subjetiva, el alcance de esta disposición ha sido un asunto menos discutido, por comprenderse que alude a *todos los efectos penales*; sin embargo, esta posición no es compartida por un sector de la doctrina que restringe su ámbito material de aplicación a los tipos de celebración indebida de contratos (Gómez Méndez, 2008, p. 48; Molina Arrubla, 2008, p. 44; Santofimio Gamboa, 2015, febrero 5). Incluso la Sala de Casación Penal, en sentencia del 18 de junio de 2014, delimitó el alcance del artículo 56 de la Ley 80 únicamente a los artículos 408 a 410 del Código Penal, no a toda la normativa penal.

A ese propósito atiende igualmente el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación Pública, al señalar que los contratistas, consultores, interventores y asesores se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo relacionado con la celebra-

ción, ejecución y liquidación de contratos estatales, y que por lo mismo se encuentran sujetos a la responsabilidad penal que en esa específica materia, la de contratación, prevé la ley para los servidores públicos.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que esa “*función pública*” atribuida a los particulares que intervienen en la contratación estatal, no implica que pueda considerárseles sujetos activos de todas las conductas punibles lesivas de la Administración Pública que exigen sujeto activo calificado, sino que, por el contrario, constituye una extensión de la calidad de servidor público a efectos, exclusivamente, de permitir la eventual imputación de los tipos penales de “*Celebración indebida de contratos*” descritos en los artículos 408 a 410 de la Ley 599 de 2000.

Resulta imperioso destacar, entonces, que el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 no convierte a los contratistas, interventores, consultores y asesores externos en servidores públicos, sino que les asigna el cumplimiento de una función pública, diferenciación que por sutil no deja de ser trascendente a la hora de establecer la responsabilidad penal que les pudiera ser atribuida con ocasión de conductas punibles cristalizadas por sus acciones u omisiones, bien en el trámite, celebración, ejecución y liquidación de un contrato estatal, o ya en el cumplimiento de las obligaciones inmanentes del respectivo contrato que los liga con el Estado (Corte Suprema de Justicia, 2004, junio 18, sentencia).

En consecuencia, se advierte una amplia restricción del ámbito de protección del derecho penal que se considera errada: en *primer lugar*, desde una interpretación literal el artículo 56 de la Ley 80 es claro en señalar que esta asimilación de los contratistas, interventores, consultores y asesores, se presenta “en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales”, sin que se circunscriba a un tipo penal específico. En este sentido, los artículos 408 a 410 del Código Penal describen los delitos de *violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades; interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y acuerdos restrictivos de la competencia*, pero es un despropósito creer que son las únicas conductas punibles que se pueden presentar en el marco de la contratación estatal.

De esta manera, la interpretación restrictiva desvirtúa el alcance y el *efecto útil* que le quiso dar el legislador, como una forma de proteger los principios de la contratación estatal y los fines públicos subyacentes. Se reitera: una cosa es circunscribir los efectos penales a un ámbito material, y otra li-

mitarlos a unos tipos penales, donde la ejecución y liquidación contractual quedan desprotegidos penalmente. Ámbitos donde el legislador equiparó al contratista como *particular que cumple función pública* y, por ello, debe defenderse el *efecto útil* del artículo 56 de la Ley 80 y no introducir distinciones donde el legislador no distinguió.

En segundo lugar, el alcance de esta asimilación es conforme al artículo 20 del Código Penal *para todos los efectos penales* y *todos* incluye cualquier calificación típica especial que tenga como sujetos activo a los *servidores públicos*, las condiciones de mayor o menor punibilidad, beneficios o prohibiciones, términos de prescripción, en fin, el alcance de todo el régimen penal, y no únicamente frente a la eventual imputación de los tipos penales de “*Celebración indebida de contratos*” de los artículos 408 a 410 de la Ley 599, como lo defiende la alta corporación.

En tercer lugar, a partir de una interpretación a *contrario sensu*, si el legislador hubiera establecido un alcance limitado a esta asimilación lo hubiera expresado en lugar de prescribir expresamente que sería “*para todos los efectos penales*” y, en cuarto lugar, la interpretación de la Sala de Casación Penal, aunque favorable, no encuentra respaldo legal, en cambio contradice el mandato prescrito en la Ley 80 de 1993.

Finalmente, se concluye que los contratistas, y en igual sentido los interventores, consultores y asesores, son particulares que cumplen funciones públicas de carácter administrativo para efectos penales, en consecuencia, son *servidores públicos asimilados*, calificación que implica —bajo la interpretación restrictiva de la Corte Suprema de Justicia— la efectiva atribución de funciones públicas, que se debe analizar en cada caso concreto, y que para efectos penales se extiende “en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales”, sin circunscribirse a un tipo penal específico.

b) El contratista en relación con el anticipo

De conformidad con la doble equiparación que se presenta para efectos penales, existe un caso discutible y recurrente en la práctica administrativa: *el contratista que maneja anticipos*. El supuesto surge por la entrega al contratista de recursos de una entidad pública en calidad de *anticipo*, pues como estos recursos no pasan al patrimonio del contratista, su gestión

implica el manejo y la administración de recursos públicos. Por tanto, pueden catalogarse como sujetos a los que se extiende la doble asimilación penal, como particular que cumple función pública al tenor de la Ley 80 y, en consecuencia, como servidor público *asimilado* de conformidad con el Código Penal.

Esta posibilidad la contempla la doctrina por la calidad de los recursos (Uribe García, 2012, p. 103) y su importancia se evidencia en el caso de apropiación de dichos recursos, supuesto que se enmarcaría en el abuso de confianza calificado o peculado por apropiación —artículos 250 y 397 del Código Penal—. La Sala de Casación Penal ha condicionado la asimilación con los *servidores públicos* según las actividades y funciones encomendadas en el contrato, si este transfiere funciones públicas se asimilan a los servidores públicos, sino las transfiere no se asimilan.¹¹ En este sentido, en sentencia del 9 de mayo de 2007 (magistrado ponente Julio E. Socha Salamanca) señaló que como en el contrato se transfieren funciones públicas, si el contratista se apropia del anticipo incurre en la conducta de peculado por apropiación.

En todo caso, el contratista en relación con el anticipo es responsable penalmente como *particular con funciones administrativas* en virtud del artículo 56 de la Ley 80, caso donde debe verificarse la transferencia de funciones públicas, en sentido estricto; o, al considerarse que el contratista, independientemente del objeto contractual, cuando recibe un anticipo maneja o administra recursos públicos y es un particular que cumplen funciones públicas. En tal evento se le extiende la responsabilidad penal por la equiparación prevista, ya no en la Ley 80, sino en el artículo 20 del Código Penal.

c) Particulares que prestan servicios públicos

La inclusión de estos sujetos como servidores públicos se previó desde el Código Penal de 1936, aunque de manera indiscriminada, y en el Código de 1980 se unificó al equipararlo a la noción de *servidor público*. Esta noción, como la de particular que ejerce función pública, no era fácil de delimitar. La Sala de Casación Penal en sentencia del 23 de enero de 1991 afirmó que no debía extenderse a todos los casos de prestación de servicios

11 En Sentencia del 27 de abril de 2005, radicado 16562, precisó que el anticipo tenía una finalidad y destinación que no podía variarse, pero concluyó que como en el contrato no se trasladaron funciones públicas, se configuró el *abuso de confianza calificado*.

públicos pues era necesario matizarse de acuerdo a su consagración legal, por eso imponía la comprobación de la naturaleza del servicio y la forma como se llegaba a su encargo.

Con la modificación que el artículo 18 de la Ley 190 de 1995 introdujo al artículo 63 del Código Penal de 1980, desapareció la calificación de los particulares encargados de un servicio público como servidores públicos, situación que se reiteró en el Código Penal del 2000. La doctrina justifica esta exclusión en la necesidad de adecuar la responsabilidad penal a la nueva concepción del *servicio público*, que como noción en crisis ya no corresponde exclusivamente al Estado, como *otrora*, sino también a los particulares (Molina Arrubla, 2005, p. 40; Gómez Méndez, 2000, p. 48).

Sin embargo, se encuentra un evento donde es factible la amplificación de la calificación del sujeto activo cualificado: cuando la prestación de ese servicio público comporte el ejercicio, transitorio o permanente, de alguna función pública. Pero el criterio a analizar ya no será la prestación de un servicio o el encargo del mismo, sino el ejercicio y atribución de la función administrativa.

5.5.3. Implicaciones penales de la equiparación de los particulares que ejercen funciones públicas con los servidores públicos

El alcance de la equiparación entre el particular que ejerce funciones públicas y el servidor público como dispositivo amplificador del derecho penal solo se concreta en cada caso frente al particular, las funciones a su cargo y la comisión de la conducta punible; y conforme al artículo 20 del Código Penal, es así *para todos los efectos penales*. Esto se traduce en que todas las medidas de punibilidad penal que exijan un sujeto activo calificado como *servidor público* le serán aplicables; sin embargo, en aras de mayor certeza y con fines ilustrativos, se precisarán sus contornos.

En primer lugar, la responsabilidad penal de los particulares que ejercen funciones administrativas se extiende a los *delitos contra la Administración Pública*, contemplados en el Título XV del Código Penal: peculado, cohecho, concusión, celebración indebida de contratos, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, prevaricato, abusos de autoridad y otras infracciones relacionadas con su ejercicio inadecuado, la usurpación y abuso de funciones públicas, la utilización indebida de información y de influencias derivadas del ejercicio de esta función.

En segundo lugar, el término *para todos los efectos penales* también extiende la responsabilidad penal frente a otras conductas punibles donde el sujeto activo es un *servidor público* de manera exclusiva o concurrente, como en los siguientes casos: i) en *los delitos contra la libertad individual y otras garantías*, como en la desaparición forzada cuando el servidor público determine su comisión —artículo 165 del Código Penal—, la privación ilegal de la libertad —artículo 174—, la prolongación ilícita de privación de la libertad —artículo 175—, la detención arbitraria especial —artículo 176— y la violación de habitación ajena por servidor público —artículo 190—; ii) *los delitos contra la fe pública* que suponen la falsificación de la moneda como en las emisiones ilegales —artículo 276—, la falsificación de sellos, marcas oficiales y marcas, como en el tipo de emisión ilegal de efectos oficiales —artículo 282—, y la falsedad en documentos como en la falsedad ideológica en documento público —artículo 286—; iii) los delitos *contra el orden económico social*, específicamente por auspiciar el contrabando, como en el tipo de favorecimiento por servidor público frente a las mercancías del control de las autoridades aduanera —artículo 322—; y iv) los *delitos contra el ejercicio de los mecanismos de participación democrática* como el favorecimiento de voto fraudulento —artículo 392—, la mora en la entrega de documentos relacionados con una votación —artículo 393— y la denegación de inscripción de candidatos para elecciones populares —artículo 396—.

En tercer lugar, la condición de *servidor público asimilado* incluye como efecto penal la aplicación de los *agravantes* en la comisión y/o participación de tipos penales. Dentro de las conductas punibles que establecen estas medidas de mayor punibilidad se encuentran en: conductas que atentan contra la libertad, el orden económico social y la fe pública, como para el delito de secuestro aumentarán de una tercera parte a la mitad —numeral 4 del art. 170—; en el desplazamiento forzado se aumentará hasta una tercera parte —numeral 1 del artículo 181—; en la circulación ilegal de monedas, de una tercera parte a la mitad —artículo 277—; en la falsedad material en documento público se tipifica una pena específica mayor —artículo 287—; en la destrucción, supresión u ocultamiento de documento público también se tipifica una pena específica mayor —artículo 292—; y en el ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, donde contempla un agravante para el concesionario y otra para el servidor público, la pena se aumenta en una tercera parte, pero no solo para el servidor público sino también para el *particular concesionario* —artículo 312—.

También en las conductas que atentan contra los mecanismos de participación ciudadana se aumentarán las penas privativas de la libertad de una tercera parte a la mitad, por la comisión de los delitos de perturbación de certamen democrático —artículo 386—, constreñimiento al sufragante —artículo 387—, fraude en inscripción de cédulas —artículo 389—, corrupción de sufragante —artículo 390— y por la alteración de resultados electorales —artículo 394—. Y, de conformidad con el artículo 473 del Código Penal, las penas se agravan en una tercera parte en todos los delitos contra el régimen constitucional y legal, esto es, en la rebelión, sedición, asonada, conspiración, sedición, usurpación y retención ilegal del mando —artículos 467 y siguientes—.

En cuarto lugar, en algunos eventos los *servidores públicos* reciben *penas adicionales* con ocasión de su calidad, medidas que se extienden a los particulares que ejercen función administrativa. Esto sucede ante tipos como la omisión de denuncia, que tiene como pena principal la pérdida del empleo y cuando con su actuación de lugar a la urbanización ilegal, se inhabilita para el ejercicio de derechos y funciones públicas —artículos 219B y 318—.

En *quinto lugar*, que de la lectura del artículo 20 del Código Penal se derive un mayor ámbito de responsabilidad para los particulares es una conclusión lógica; pero también se desprenden otros efectos como la asunción de los particulares que ejercen funciones públicas como *sujetos de especial protección*, en los casos en que el derecho penal prescribe conductas punibles que tienen como sujeto pasivo a un *servidor público*, como acontece en los delitos de violencia contra servidor público y la perturbación de actos oficiales —artículos 420 y 429—.

Igualmente, se establece como circunstancia genérica de mayor punibilidad penal la comisión de cualquier conducta cometida contra un servidor público, en razón del ejercicio de sus funciones o cargo —numeral 12 del artículo 58—, y específica en los delitos de homicidio y amenazas contra los servidores públicos de la rama judicial o del Ministerio Público —numeral 10 del artículo 104, y artículo 347—.

En sexto lugar, el Código Penal tiene restringida su aplicación a unos términos temporales que evitan la persecución eterna de las conductas, para lo cual consagra términos generales de prescripción de la acción, aplicables frente a los servidores públicos, salvo norma especial y que cuentan

con limitadísimas excepciones en conductas calificadas de *imprescriptibles* —genocidio, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra—.

La prescripción de la acción penal se extiende de manera cualificada por un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si es privativa de la libertad, y en ningún caso es inferior a 5 años, ni excede 20 años, términos que se aumentan para los *servidores públicos* —artículos 82 del Código Penal de 1980 y 83 originario de la Ley 599 de 2000, declarado exequible en la sentencia C-229 de 2008—. Así, en el inciso 6 del artículo 83, modificado por el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011, se prescribe que

Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. *Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores.*

Antes de esta Ley, se discutía si a los particulares que cumplían funciones públicas se les aplicaba la regla de ampliación del término de prescripción, controversia de gran trascendencia práctica por el principio de favorabilidad y la aplicación de la ley penal vigente al momento de la comisión de la conducta punible. Por consiguiente, la nueva disposición resuelve una problemática social y no deja duda sobre la ampliación de la prescripción frente a los particulares que ejercen funciones públicas.

5.5.4. A modo de conclusión: ¿Por qué en el ámbito penal los particulares que ejercen funciones administrativas deben ser considerados servidores públicos?

La asimilación entre un *particular que ejerce función pública administrativa* y un *servidor público* es total para efectos penales. Pero en esta instancia es pertinente indagar la razonabilidad o deficiencias de esta medida, cuestionar su justificación y conveniencia. A pesar del descuido generalizado del legislador por el ejercicio de la función administrativas por particulares, desde muy pronto —1936— existió la preocupación por regular un ámbito de protección penal, frente a varios bienes jurídicos y que se extendió con una equiparación subjetiva total, circunstancias que fundamentan no solo la pertinencia sino la necesidad de esta regulación y consolidación práctica.

Esta idea se apoya en los bienes jurídicamente tutelados y en la posición del particular que ejerce funciones públicas. Los primeros en razón de su importancia social deben seguir amparados por el derecho penal, porque impulsan su adaptación a la nueva dimensión de lo público, la administración y la función pública moderna, donde los particulares, en sentido estricto y en ejercicio de funciones públicas, son los protagonistas.

Sumado a lo anterior, la persona que ejerce funciones públicas se encuentra en la misma situación del servidor público frente al bien tutelado, porque asume la misma posición de privilegio, prevalencia y garantía. En consecuencia, un trato diferenciado viola el principio de igualdad, que exige tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, y descuida bienes tutelados penalmente solo porque el sujeto activo de la conducta es un particular y no un servidor público en sentido estricto; además, se promovería la criminalización de los *servidores públicos* —vinculados al Estado— desconociendo flagrantemente la nueva dinámica de la función pública administrativa contemporánea.

En consecuencia, en el derecho penal, que los particulares sean titulares de lo público no significa ni debe significar una huida del derecho público, pues se conservan los bienes jurídicamente tutelados porque los particulares que ejercen función administrativa ostentan una calidad de prevalencia, privilegio y garantía de lo público, que se asimila a la calidad de *servidor público*, con todas las garantías y responsabilidades penales que implica ostentar esta calidad.

5.6. Referencias bibliográficas

Cassagne, J. C. (2002). *Derecho Administrativo*. 7.^a ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo-Perrot.

Congreso de la República. (2002, julio 27). Ley 734. Exposición de motivos. *Gaceta del Congreso*.

Consejo de Estado. (2005, junio 2). Concepto. Radicado 1643.

Corte Constitucional. (1995). Sentencia C-167.

_____. (1996). Sentencias C-286, C-341.

_____. (1998). Sentencia C-563.

_____. (2002). Sentencia C-181.

- ____. (2003). Sentencia C-037.
- ____. (2004). Sentencia C-1002.
- ____. (2007). Sentencia C-340.
- ____. (2008). Sentencia C-382.
- ____. (2014). Sentencia C-338.
- Corte Suprema de Justicia. (1991, enero 23). Sala de Casación Penal. Sentencia.
- ____. (2005, febrero 16). Sentencia, radicado 20551.
- ____. (2012, mayo 30). Sentencia, radicado 37714.
- ____. (2012, agosto 29). Sentencia, radicado 38695.
- ____. (2012, septiembre 12). Sentencia, radicado 37235.
- ____. (2014, junio 18). Sentencia SP7759-2014. Radicado 41406.
- Dromi, R. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Gómez Méndez, A. (2008). *Delitos contra la administración pública*. 3.^a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Marienhoff, M. (2000). *Tratado de Derecho Administrativo*. 5.^a ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Marín Cortés, F. (2006). Las empresas mixtas de servicios públicos. En: *Naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos mixtas*. Medellín: ISA.
- Molina Arrubla, C. M. (2005). *Delitos contra la administración pública*. 4.^a ed. Bogotá: Leyer.
- Montesquieu, C.-L. (1984). *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Sarpe.
- Rodríguez, L. (2017). *Derecho Administrativo general y colombiano*. 20.^a ed. Bogotá: Temis.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2015, febrero 5). Celebración indebida de contrato a la luz de jurisprudencia. Conferencia.
- Suárez Tamayo, D.; Posada Puerta, M. F. y Mejía Londoño, P. (2012). Particulares que ejercen funciones administrativas: el caso de los tribunales de ética profesional. *Opinión Jurídica*, vol. 11, núm. 21.
- Tafur Galvis, A. (1977). *Las entidades descentralizadas*. Bogotá: Temis.
- Uribe García, S. (2012). *Delitos contra la administración pública*. Medellín: Unaula.

Jurisdicción de los particulares que ejercen funciones administrativas

Determinar la jurisdicción de los particulares que cumplen funciones administrativas, los cauces procesales y la legitimidad del control judicial es importante porque concreta el principio de que no existen actuaciones exentas de control, redundando en la defensa y protección de las personas y modernizando el principio de legalidad y responsabilidad de la gestión pública estatal y no estatal. El tema no está exento de paradojas. Un particular no pierde su calidad por ejercer funciones públicas, pero, al mismo tiempo, la función administrativa tampoco deja de ser tal por ser ejercida por un particular.

Por ello, la expansión de este fenómeno impone un estudio de las garantías jurisdiccionales y la identificación de sus particularidades. Con este propósito se abordarán: i) la extensión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo a los particulares que ejercen función administrativa; ii) la delimitación de estos particulares como *objeto de control* de la jurisdicción administrativa y los medios de control procedentes frente a sus actuaciones, y iii) la legitimidad de esta jurisdicción para ejercer su control jurisdiccional.

6.1. La extensión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo a los particulares que ejercen funciones administrativas

En apartados precedentes se señaló que los particulares que ejercen funciones administrativas, en razón de su *calidad y función*, se encuentran dentro del objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Así se consagró en el artículo 104 del CPACA; sin embargo, esto no ha sido siempre así, por dos razones: la configuración de la jurisdicción en el país y la aparición y consolidación de la atribución de estas funciones a los particulares, situación que se presentó de manera casuística e irreflexiva, cuyos contornos empiezan a ser delimitados con sujetos puntuales, como la Federación Nacional de Cafeteros (1927) y las cámaras de comercio (1938), y solo tiene un reconocimiento normativo en el Código Penal de 1980 y en el Decreto 01 de 1984 —Código Contencioso Administrativo, CCA—, que los equipara a las autoridades públicas.

Bajo estos dos presupuestos se introduce la reflexión sobre el juez competente para conocer sus controversias. La Ley 130 de 1913, primer estatuto procesal en la materia, y la Ley 167 de 1941, segundo estatuto procesal, determinaron la estructura de la jurisdicción y su objeto con un criterio eminentemente subjetivo-estatal, sin ninguna referencia a un criterio material o a los particulares que ejercen funciones administrativas. Por ello, desde el nacimiento de esta jurisdicción, las controversias de los particulares que ejercen funciones administrativas no eran objeto de la jurisdicción administrativa sino de la ordinaria.

Gustavo Penagos (1985) destaca que la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia¹ reconocieron en la década de los setentas la expedición de actos administrativos por algunos particulares —Federación Nacional de Cafeteros— con ocasión de las funciones desarrolladas, bajo las cuales les atribuyó una naturaleza de índole administrativa, y por tanto sus controversias eran objeto de la jurisdicción especializada. El riguroso criterio subjetivo empezó a ser matizado, situación que se desarrollaría con la expedición del Decreto 01 de 1984, pues

1 Gustavo Penagos (1985) referencia las providencias del Consejo de Estado, sentencia del agosto 5 de 1960, y de la Corte Suprema de Justicia, sentencias del 14 de octubre de 1970 y del 20 de octubre de 1977.

aun cuando el Código Penal de 1980 reconoció este fenómeno, solo lo hizo para efectos penales.

La calificación de estos particulares como sujetos de índole administrativa es una técnica que en otras latitudes —España— se utiliza para encuadrar su régimen jurídico a partir del criterio subjetivo, no flexibilizándolo sino reafirmando (Fernández Rodríguez, 1972, pp. 77, 132), y justifica que estos particulares se denominen como *autoadministración*, *administración corporativa* y *delegados impropios de la administración*, así como su incorporación a la estructura orgánica del Estado.

En Colombia, el Decreto 01 de 1984 no solo les extendió la aplicación de la primera parte, sino que en la segunda parte, del “Control jurisdiccional de la actividad administrativa”, enfatizó en la consagración de un criterio material bajo la noción de *actividad administrativa*. Se incluyeron dentro del objeto de la jurisdicción, las controversias derivadas de los actos, hechos o cuestiones administrativas de “las entidades [...] privadas cuando cumplan funciones públicas”; de “las personas privadas que desempeñen funciones administrativas” —Decreto 2304 de 1989—, y de “las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado” —Ley 446 de 1998—.

La Ley 1107 de 2006 modificó el objeto de la jurisdicción, adoptando un criterio subjetivo, pero reiteró que conocería de las controversias originadas en “la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado”. Bajo esta última noción, conservó un *criterio material*, pues el ámbito funcional era determinante para radicar la competencia en esta jurisdicción. No obstante, para la doctrina y la jurisprudencia, lo único importante era determinar si en el litigio existía o no una entidad estatal (Consejo de Estado, 2007, febrero 8, auto; reiterado en 2013, noviembre 21, sentencia).

Conforme a lo anterior, las nociones de *función pública*, *función administrativa* y *funciones propias de los órganos del Estado* han sido, desde la expedición del Decreto 01 de 1984, los criterios amplificadores de la jurisdicción administrativa, para tener dentro de su objeto de control a los particulares que ejercen funciones administrativas. El cambio de concepción *subjetiva* a *material* se reafirmó dentro del mismo estatuto, con el artículo 83 y la modificación del Decreto 2304 de 1989, al prescribir que

la extensión del control de la jurisdicción, originalmente circunscrita a toda la *actividad administrativa*, sería sobre las actuaciones tanto de las entidades públicas como de las *personas privadas que ejercieran funciones administrativas*.

La Constitución Política de 1991 prescribió en el artículo 123 que el legislador determinaría el régimen aplicable a los particulares, sin establecer la orientación hacia el derecho privado, público o una regulación especial, ni la jurisdicción para conocer de sus controversias. El legislador en desarrollo de estas competencias expidió la Ley 489 de 1998, pero no reguló ningún aspecto jurisdiccional. La mayor controversia surgió con la Ley 1107 de 2006 al retomar un criterio subjetivo; no obstante, incluyó como objeto de la jurisdicción las controversias de los particulares con funciones de los órganos del Estado. Incluso se podría afirmar que extendió la competencia del juez especializado al no limitarse a los litigios y controversias de índole administrativa, sino a todas las actividades por ellos desarrollados.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo —CPACA, Ley 1437 de 2011— conservó varias disposiciones del Decreto 01 de 1984 y, en el artículo 104, al referirse al objeto de la jurisdicción, no solo incluyó lo previsto en la constitución y las leyes especiales, sino que retomó un criterio material, ya no bajo *el ejercicio de la función administrativa*, sino de los asuntos *sujetos al derecho administrativo*, tanto de las entidades públicas como de los particulares cuando ejerzan funciones administrativas. Incluso precisó otras materias a las cuales se extiende la jurisdicción; verbigracia, en materia contractual comprende las controversias que se susciten frente a las empresas de servicios públicos domiciliarios 100% privadas y con capital público inferior al 50% cuando incluyen cláusulas exorbitantes —numeral 3 del artículo 104 del CPACA—.

En este sentido, no existe duda de que las controversias de los particulares que ejercen función administrativa tienen como juez al contencioso administrativo, situación que se justifica en la creciente acogida y adopción de un criterio material para delimitar la jurisdicción. Sin embargo, esto no implica que exista total claridad sobre el alcance de su competencia; cuestiones como la calidad del particular para efectos jurisdiccionales, las controversias que se pueden ventilar y la legitimidad del juez especializado ofrecen puntos problemáticos que requieren mayor análisis y serán tratados en los siguientes acápite.

6.2. Particulares que ejercen función administrativa como objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo

La Ley 1437 de 2011 define el objeto de la jurisdicción en el artículo 104, prescribiendo que conocerá de las controversias y litigios de las actuaciones sujetas al derecho administrativo donde “estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”. Además, se reitera la competencia, incluso se extiende en materia contractual, al conocer de “los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado” y “los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes”.

El legislador finalmente estableció en el párrafo de este artículo una noción de *entidad pública* únicamente para efectos del CPACA y que resulta relevante para delimitar el alcance de la jurisdicción frente a los particulares que cumplen funciones administrativas. Así, se dispuso que “se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%”.

En estos términos, se destaca la adopción de un criterio material y orgánico que precisan y extienden el objeto de la jurisdicción, para incluir y excluir algunas materias de su control. Esta finalidad se señaló en la exposición de motivos del CPACA, así:

Con el fin de afianzar el criterio de la especialización, el proyecto en el artículo 100 considera que, para la definición del objeto de la jurisdicción, es necesario acudir a un criterio material que hace que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conozca de actos, hechos, operaciones y omisiones relacionados con *el ejercicio de la función administrativa*.

Sin embargo, la dinámica de las actividades societarias hace que en ocasiones se tenga que acudir al criterio orgánico para que el administrado tenga claridad frente a aquellos temas en donde podrían presentarse controversias sobre la jurisdicción competente, como sucede en casos de responsabilidad extracontractual y contractual, cuyo conocimiento

se asigna a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo siempre que una de las partes del litigio sea una entidad pública (Congreso de la República, 2009, noviembre 17).

Se reiteró la prevalencia del criterio material, disposición que también delimitó las materias en las cuales un particular se encuentra sujeto a la jurisdicción especializada, así: en primer lugar, cuando ejerza *función administrativa*, de modo que hay un alcance más restringido con ocasión del anterior CCA, pues se extendía a los particulares que desempeñaran funciones propias del Estado o funciones públicas —originariamente—; por consiguiente, es claro que se excluyeron funciones jurisdiccionales, y, según el concepto amplio o restringido de la función administrativa, se pueden excluir o incluir actividades como la función de control y la electoral.

Igualmente, si este particular existe únicamente en razón de estas funciones siempre estará sujeto a este juez, pero si también ejerce actividades diferentes, por ejemplo, industriales, comerciales, entre otras, las que no correspondan a esta función serán objeto de la jurisdicción ordinaria; verbigracia, las cámaras de comercio y la Federación Nacional de Cafeteros

Sobre esta materia, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 21 de noviembre de 2013, precisó el objeto de la jurisdicción previsto en el CPACA con ocasión de las anteriores regulaciones, los precedentes del proyecto que culminó con su expedición y el debate legislativo, concluyendo que su delimitación se establece con fundamento en cuatro criterios: i) del *litigio*, implica que debe tratarse de controversias y litigios —excluye en principio los procesos ejecutivos—; ii) *de la causa*, es decir que la controversia se debe originar en razón de actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones; iii) un *primer criterio material*, que conlleva que el régimen jurídico aplicable a los actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones objeto del litigio debe ser el *derecho administrativo*, y iv) un *segundo criterio material y orgánico*, bajo el entendido que deben estar involucradas entidades públicas, o *los particulares cuando ejerzan función administrativa*.

En segundo lugar, aunque el criterio material ya no se refiere únicamente a la función administrativa, por comprender el régimen jurídico previsto para la causa de la controversia —el derecho administrativo—, es claro que esta jurisdicción es la competente para conocer las controversias que se susciten frente a los particulares que cumplen funciones administrativas. La providencia concluyó:

Sobre los *particulares* —criterio orgánico—, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de sus conflictos y litigios originados en “actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones”, siempre que éstos se encuentren sujetos al *derecho administrativo* —criterio material—, además de que se produzcan en ejercicio de la función administrativa —criterio material—.

Esto significa que tratándose de estos sujetos del proceso, es determinante establecer: si ejercen función administrativa, si el conflicto proviene de una cualquiera de aquellas manifestaciones de su voluntad, y si están sujetas al derecho administrativo (Consejo de Estado, 2013, noviembre 21, sentencia; también 2014, febrero 12).

De lo anterior se deriva que la jurisdicción conocerá de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, *sujetos al derecho administrativo*; pero, ¿qué está dentro y qué está por fuera del derecho administrativo? La delimitación de este concepto es uno de los grandes problemas que ofrece el derecho administrativo moderno, pues las nociones clásicas no responden a los cambios, transformaciones y a la naturaleza indiferenciada que el derecho ha adquirido en ciertos ámbitos de la gestión pública, situación que no pasa desapercibida en el alto tribunal de lo contencioso administrativo.

No obstante la dificultad de concretar este aspecto, lo cierto es que la nueva ley procesal administrativa estableció, como criterio inédito para definir la jurisdicción, que el *acto*, que el *contrato*, que el *hecho*, que la *omisión u operación* administrativa estén sujetos al derecho administrativo, para que el litigio que de allí proviene corresponda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por tanto, si están sujetos al derecho privado el juez del conflicto será el ordinario (Consejo de Estado, 2013, noviembre 21, sentencia; también 2014, febrero 12).

Conforme a lo anterior, en el primer capítulo de este texto se señaló que el derecho administrativo tiene por objeto la función administrativa, para algunos autores como objeto principal y para otros de manera concurrente, pero lo importante es que en relación con los particulares que ejercen función administrativa, dado que esta función se encuentra sujeta a esta disciplina jurídica, no existen mayores controversias.

En tercer lugar, se refiere a que tendrá por objeto las mismas actuaciones que las entidades públicas: actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, situación que se precisa en materia contractual en el numeral 2 de la

disposición. Sin embargo, será necesario precisar si proceden los mismos medios de control previstos para las entidades públicas, aspecto que se analizará a continuación.

En cuarto lugar, de esta disposición se desprenden dos aspectos en la delimitación de la calidad de particular que ejercen función administrativa: uno, de corte más ideológico, que consiste en precisar si los prestadores de servicios públicos cumplen funciones administrativas; y el segundo, de orden hermenéutico, consiste en determinar si de la definición de entidad pública se deriva que los entes donde existe una participación estatal inferior al 50% se puede hablar de particulares, y si cuando ellos ejercen funciones administrativas son objeto de esta jurisdicción.

6.2.1. Delimitación de particulares que ejercen funciones administrativas solo para efectos jurisdiccionales

Aun cuando en este trabajo se han precisado los particulares que ejercen funciones administrativas, con ocasión del artículo 104 del CPACA hay dos supuestos que deben abordarse: el derivado de la definición legal de entidad pública y la exclusión de este grupo de las entidades con participación estatal minoritaria, y los derivados de una distinción ideológica, política y jurídicamente controvertida, los prestadores de servicios públicos.

a) ¿Las sociedades, empresas, entes u organismos con participación estatal inferior al 50% son particulares que realizan funciones administrativas?

La noción de entidad pública prevista en el párrafo del artículo 104 únicamente tiene efectos para lo dispuesto en el CPACA, y en ella reside una paradoja: por una parte, se extiende el control jurisdiccional a todas las entidades donde hay participación estatal superior al 50%, pero, por otro lado, se excluyen de este mismo control los supuestos donde la participación es inferior al 50%. Exclusión o inclusión, aquí está *el quid* del asunto, no importa el acto de creación ni el régimen jurídico, sino su conformación patrimonial.

En la exposición de motivos se explicó que la finalidad del legislador fue acoger un criterio material y orgánico para definir asuntos controvertidos, por ende, con esta definición se delimita el alcance del criterio orgánico

bajo la noción de *entidades públicas*, y las demás, por definición negativa, no son entidades públicas o, lo que es igual, son particulares.

Luego, dado que la jurisdicción administrativa rige para los particulares que ejercen funciones administrativas, si un ente, independientemente de su naturaleza con una participación pública inferior al 50% ejerce esta función, se incrusta en la jurisdicción, pues ante la colisión de un criterio orgánico que la excluye y uno material que la inserta, prevalece este último.

Resulta aplicable el adagio de “donde existe la misma razón debe existir la misma disposición”, y si a un particular que no tiene participación estatal en presencia de la función administrativa se le extiende el control de la jurisdicción especializada, ante una entidad excluida de la noción legal de *entidades públicas* que se encuentre en la misma situación por el ejercicio de funciones administrativas, también debe extenderse la jurisdicción. Incluso en este caso, existe una razón adicional: la participación estatal oscilante entre la cantidad más ínfima y menos del 50%.

Finalmente, independientemente de la definición del párrafo del artículo 104 del CPACA, pueden existir particulares con participación estatal que no pierden su naturaleza de *particular* por tener aportes económicos públicos, y que tienen funciones administrativas, caso en el cual se les extiende la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues lo determinante no es su capital, ni la forma de creación, ni el régimen jurídico, sino el *ejercicio de funciones administrativas*.

b) ¿Son los prestadores de servicios públicos, para efectos jurisdiccionales, particulares con funciones administrativas?

Para efectos jurisdiccionales no es posible esta equiparación, porque el legislador ha diferenciado los regímenes aplicables. Así, al tratar en el numeral 3 del artículo 104 del CPACA las controversias contractuales de *cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios* en los cuales se incluyan o haya debido incluirse cláusulas exorbitantes, se quiso distinguir al prestador de los servicios públicos de los particulares que ejercen funciones públicas.

Así, frente a los últimos la jurisdicción es competente para conocer los litigios que se susciten con ocasión de todas sus acciones, omisiones y contratos, en cambio, con los prestadores de servicios públicos domiciliarios

—que no son entidades públicas por tener menos del 50% de capital público, o privados en un 100%— se circunscribe solo a esta referencia especial y, por supuesto, en relación con las entidades públicas no existe mayor controversia que la derivada de la regla general prevista en el primer inciso del artículo, cuando se circunscribe el conocimiento de sus controversias al hecho de estar sometidas al derecho administrativo. De modo que, para efectos jurisdiccionales, no es posible equiparar al prestador de servicios públicos domiciliarios con el particular que ejerce funciones administrativas, puesto que solo en casos muy puntuales, expresamente reconocidos por el legislador tendrán esa calidad —artículo 44 de la Ley 1474 y artículo 70 de la Ley 1952—.

6.3. Medios de control procedentes frente a los particulares que ejercen función administrativa

Que las controversias de los particulares que ejercen función administrativa están sujetos a la jurisdicción especializada tiene implicaciones directas en los asuntos que se susciten en su contra y concretamente en los *medios de control*. Ante la especialidad del sujeto se debe cuestionar la procedencia de cada uno, pues la jurisdicción está diseñada para conocer los litigios contra el Estado y no contra los particulares, aun en ejercicio de función administrativa. Por ello, aunque se incluyan en su ámbito de acción, se avizora que no todos los medios de control les resultan aplicables y, como pasará a desarrollarse, se encuentran tres grupos de medios de control: los casos donde es clara su improcedencia o procedencia por la especialidad de su objeto y los medios controvertidos que están en la zona de penumbra.

6.3.1. Medios de control improcedentes contra los particulares que ejercen función administrativa

Este grupo de medios de control no son aplicables a los particulares, en consideración a la dificultad —prácticamente imposibilidad— de concretar los presupuestos fácticos para su procedencia. Ellos son: i) la *nulidad por inconstitucionalidad* —artículo 135—, porque su pretensión es la nulidad de un decreto de carácter general expedido por un órgano público específico, el Gobierno Nacional o que por *expresa remisión constitucional* expida una entidad u organismo diferente a aquel; ii) el *control inmediato de legalidad* —artículo 136—, porque se dirige a las medidas de carácter

general expedidas como desarrollo de los decretos legislativos de los estados de excepción emanados por entidades territoriales o autoridades nacionales, esta última noción no excluye a los particulares con funciones administrativas, pero por la sensibilidad de las temáticas estos actos se desarrollan generalmente por entidades estatales; iii) la *pérdida de investidura* —artículo 143—, porque únicamente tienen por sujetos pasivos a los congresistas, diputados, concejales y ediles; iv) la *nulidad de las cartas de naturaleza y las resoluciones de inscripción* —artículo 147—, porque su expedición corresponde a un sujeto cualificado, al Presidente de la República y al Ministerio de Relaciones Exteriores por delegación —Ley 43 de 1993—, *salvo* que en algún momento, por autorización legal, proceda la delegación de esta función a los particulares; y v) la *nulidad electoral* —artículo 139—, porque este medio se circunscribe a la forma de elección y nombramiento de funcionarios públicos en sentido estricto, y no de particulares que ejercen función administrativa.

6.3.2. *Medios de control procedentes*

La procedencia de estas acciones procesales se deriva del artículo 104 del CPACA, pero se reafirma por el objeto específico de cada una de ellas y la posibilidad jurídica y fáctica de que se concreten sus presupuestos frente a los particulares que ejercen la función administrativa. En este grupo se encuentran: a) la nulidad simple, b) la nulidad y el restablecimiento del derecho, c) la protección de los derechos e intereses colectivos o acción popular, d) la acción de grupo, e) la acción de cumplimiento, f) el control por vía de excepción y g) la acción de tutela como acción constitucional.

a) Nulidad simple

La nulidad simple prevista en el artículo 137 del CPACA procede contra particulares que ejercen funciones administrativas, porque ellos pueden recibir competencias reglamentarias o expedir actos administrativos de carácter general. La titularidad de la potestad reglamentaria se consagra como una facultad especial y expresa en el artículo 189.11 de la Constitución a favor del Presidente y, en disposiciones especiales, para otros órganos del Estado —altas cortes, entes territoriales, organismos autónomos, entre otros—. Frente a los particulares no se encuentra una referencia tan explícita porque se circunscribe al ejercicio de otras funciones de carácter administrativo que les han sido atribuidas, las cuales, para su efectivo

cumplimiento, requieren la expedición de *actos administrativos generales con vocación de permanencia en el tiempo* —reglamentos— (Marín Cortés, s. e., p. 9) y cuando el legislador le confiere valor jurídico a ciertas pautas con existencia previa —fenómeno de autorregulación regulada— (Darnaculleta i Gardella, 2003).

Por ejemplo, a nivel constitucional se encuentran como titulares de la potestad reglamentaria a las universidades —art. 69— y como el constituyente no estableció distinciones entre públicas o privadas, se entiende que todas tienen esa potestad, en virtud del principio de autonomía universitaria que se quiere salvaguardar. Esta interpretación se avala por la Corte Constitucional desde la sentencia T-386 de 1994, que extendió la potestad reglamentaria a todos los establecimientos de educación al analizar la Ley 115 de 1994 que autorizó a los establecimientos educativos —públicos o privados— a expedir un reglamento o manual de convivencia y someterlos al régimen jurídico señalado por la ley.

En esta línea se encuentran varias funciones conferidas a los colegios profesionales que ostentan la calidad de particulares y tienen competencias reglamentarias en aspectos relacionados con el ejercicio de la profesión o porque deben expedir actos administrativos generales para el cumplimiento de sus funciones; verbigracia, procedimientos, requisitos y forma de solicitar la expedición de la matrícula, tarjeta profesional o la inscripción en el registro de profesionales.

b) Nulidad y restablecimiento del derecho

Este medio consagrado en el artículo 138 del CPACA permite controvertir la legalidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y buscar el restablecimiento del derecho o la reparación del daño causado. Procede contra los particulares que ejercen función administrativa porque estos pueden expedir actos administrativos. En este sentido, es demandable la negativa a expedir la matrícula profesional, la decisión de un tribunal profesional que suspende o quita la tarjeta profesional, el acto que concede o niega una licencia de construcción, los actos que asignan recursos a programas para inversión de recursos parafiscales o la negativa para acceder a ellos —a cargo de entidades como la Federación Nacional de Cafeteros, las cajas de compensación familiar y las entidades que tienen a cargo la administración de fondos de recursos parafiscales, como en el ganado Fedegán, o Fedepanela, frente a la cuota de fomento panelero—.

c) Protección de los derechos e intereses colectivos o acción popular

Consagrada en el artículo 144 del CPACA y con regulación especial en la Ley 472 de 1998, procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los *particulares* que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos, y tiene por finalidad evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible —artículos 2, 9 y 14 del CPACA—. Por ende, si rige para los particulares en sentido estricto, con mayor razón frente a los que ejercen funciones administrativas.

Finalmente, la calidad de sujeto pasivo de esta acción se sustenta en tres razones: en primer lugar, la calidad de los particulares como sujetos pasivos está prevista en la Ley 472; en segundo lugar, su reiteración en el CPACA como particular que ejerce funciones administrativas o en la calidad de autoridad pública conforme al artículo 2; y en tercer lugar, en tanto el particular como el Estado pueden afectar los intereses y derechos colectivos, razón suficiente para que se contemple su procedencia, ejerza o no función administrativa.

d) Acción de grupo

Medio de control regulado en el artículo 145 del CPACA y en la Ley 472 de 1998, para que cualquier persona perteneciente a un número plural o conjunto de personas —mínimo 20— que reúnan condiciones uniformes —en relación con los elementos de la responsabilidad— en razón de una misma causa que les originó perjuicios individuales, solicite en nombre del grupo la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado o la declaratoria de nulidad del acto administrativo, y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados.

En relación con la legitimidad por pasiva de los particulares que ejercen función administrativa, el artículo 50 de la Ley 472 los incluye expresamente: “La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones de grupo originadas en la actividad de las entidades públicas y *de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas*”.

No hay duda de que el particular que ejerce función administrativa puede ser sujeto pasivo de esta acción, y aunque en el artículo 145 del CPACA se señale que se busca la “declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado”; la expresión *Estado* deberá entenderse como *autoridad pública*, de modo que incluya la procedencia frente a estos sujetos, ya que la Ley 472 los consagra como sujetos pasivos de este medio de control, se equiparan a *autoridad pública* desde el artículo 2 del CPACA y se incluyeron dentro del objeto de esta jurisdicción en el artículo 104 del CPACA.

e) Acción de cumplimiento

Consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política, la Ley 393 de 1997 y el artículo 146 del CPACA, esta acción tiene por finalidad hacer efectivo el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos, y se dirige contra las autoridades o particulares que deban cumplirlos. La Ley 393 incluyó a los particulares como sujetos pasivos de esta acción, pero solo en cuanto actúen o deban actuar en *ejercicio de funciones públicas*:

Art. 6. *Acción de cumplimiento contra particulares.* La Acción de Cumplimiento procederá contra acciones u omisiones de particulares que impliquen el incumplimiento de una norma con fuerza material de Ley o Acto administrativo, cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, pero sólo para el cumplimiento de las mismas.

En el evento contemplado en este artículo, la Acción de Cumplimiento podrá dirigirse contra el particular o contra la autoridad competente para imponerle dicho cumplimiento al particular.

Por lo tanto, no hay duda de la legitimidad por pasiva de los particulares y de la alternativa del accionante para interponerla directamente contra el particular o la autoridad pública que tiene *competencia* para *imponerle el cumplimiento*. Sobre la efectividad de este medio de control se puede vislumbrar la utilidad para exigir la conformación y el funcionamiento de los tribunales de ética profesional, la implementación de políticas públicas y programas con recursos parafiscales, en materia urbanística, entre otros ámbitos donde puede ser efectiva y útil.

f) Control por vía de excepción

Se conoce como *excepción de ilegalidad* y se regula en el artículo 148 del CPACA; su antecedente es el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, y consiste en la competencia reservada y exclusiva del juez administrativo, de oficio o a petición de parte, de inaplicar en un caso concreto y solo con efectos *interpartes*, los actos administrativos cuando vulneren la Constitución y la ley.

La Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 2000 estudió el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, que confería fuerza obligatoria a los actos del gobierno mientras no contrariaran la constitución, la ley y la doctrina legal más probable, y precisó la constitucionalidad de la excepción de ilegalidad solo por contrariar la constitución y la ley, reservando su aplicación *facultativa* a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Dado que su objeto reside en la inaplicación de un acto administrativo, general o particular, pues la norma no distingue, y que los particulares que ejercen funciones administrativas pueden expedir normas de esta naturaleza, es claro que sus actos administrativos pueden ser objeto de inaplicación; y adicionalmente, en una controversia judicial donde estos sujetos funjan como parte pasiva, se puede inaplicar un acto administrativo, de modo que de una u otra forma los particulares que ejercen funciones administrativas pueden ser sujetos pasivos de este control.

g) Acción de tutela

Se consagra en el artículo 86 de la Carta constitucional para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier *autoridad pública*, cualificación que tienen los particulares con funciones administrativas en el artículo 2 del CPACA. Adicionalmente, su legitimidad por pasiva se itera en el Decreto 2591 de 1991, que consagra los supuestos donde procede la tutela contra particulares, prescribiendo: “Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas” —numeral 8 del artículo 42—.

6.3.3. *Medios de control con una procedencia controvertida*

Los siguientes medios de control suscitan dudas frente a su procedencia porque *aparentemente* suponen una legitimación por pasiva en una autoridad estatal, razón por la cual es necesario evidenciar las posibles incongruencias procesales para confirmar o negar su procedencia. Se trata de los medios de controversias contractuales, reparación directa y repetición.

a) Controversias contractuales

Este medio de control se consagra en el artículo 141 del CPACA, permitiéndoles a cualquiera de las partes de un *contrato del Estado* pedir, entre otras cosas, que se declare su existencia, nulidad o incumplimiento, que se ordene su revisión, se liquide judicialmente, se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y se hagan otras declaraciones y condenas. En principio, las personas legitimadas para instaurar este medio son las partes del contrato, y eventualmente el Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo.

Para determinar si los particulares que ejercen funciones administrativas pueden tener legitimidad por activa y pasiva, se tiene en cuenta que la expresión *contrato estatal*, contenida al principio de la disposición, parece definir no solo a las personas legitimadas —recuérdese que prescribe: *cualquier parte de un contrato estatal*—, sino que también delimita el objeto de la controversia, pues todas las pretensiones se relacionan con el *contrato estatal*.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el *contrato estatal* como “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”, y consagra una definición de dichas entidades que referencia a las entidades públicas estatales y aquellas donde el Estado tiene una participación mayoritaria —numeral 1 del artículo 2—. Regulación que guarda correspondencia con el artículo 75 de la misma ley, que asigna el conocimiento de sus controversias a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Sin embargo, no se debe pasar por alto que el artículo 104 del CPACA asignó a la jurisdicción de lo contencioso administrativo “las controversias y litigios originados en actos, *contratos*, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o *los particulares cuando ejerzan función administrativa*”; incluso se reiteró al prescribir que: “Igualmente conocerá de los siguientes procesos: [...] 2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un *particular en ejercicio de funciones propias del Estado*”.

De modo que, independientemente del régimen sustancial del contrato, estas controversias y litigios son competencia de la jurisdicción administrativa por el medio de control de controversias contractuales. Incluso, desde el régimen sustancial del contrato, también es el medio de control precedente conforme a la Ley 489 de 1998 que prescribió frente a los particulares que cumplen funciones administrativas que “[...] *si se celebran contratos por cuenta de las entidades privadas, los mismos se sujetarán a las normas de contratación de las entidades estatales*”, y el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 que asigna las controversias de los contratos estatales a la jurisdicción administrativa.

b) Reparación directa

Medio de control consagrado en el artículo 140 del CPACA, por medio del cual se puede “demandar directamente la reparación del daño anti-jurídico producido por la acción u omisión de los *agentes del Estado*”. Es necesario indagar si procede la reparación directa contra un particular que ejerce función administrativa, puesto que el CPACA se refiere a los *agentes del Estado* y el particular que ejerce funciones administrativas no deja de ser un particular aunque desarrolle una función pública.

El inciso 2 del artículo 140 dispone que el Estado responderá, entre otras causas, por hechos, omisiones, operaciones administrativas, ocupaciones de inmueble por causa de trabajos públicos, y en general resalta, de manera supletiva, que responderá *por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma*.

La Corte Constitucional en la sentencia C-644 de 2011 declaró exequible esta disposición, apelando a la libre configuración legislativa y precisando el alcance de la responsabilidad estatal, en el daño y la imputabilidad del Estado, independientemente del sujeto que lo generó. Además, restringió el alcance del *particular* a uno en sentido estricto porque a los *particulares que ejercen funciones administrativas* los trata como sujetos cualificados en materia de responsabilidades públicas y, para efectos de la reparación directa, los trata como *agentes estatales*.

Asimismo, es de señalarse que cuando la norma refiere a “agentes del Estado”, se entiende que comprende tanto los servidores públicos como *los particulares que desempeñan funciones públicas* y que en conexión con el servicio ejecutan conductas violatorias de la vida, honra y bienes de la persona, amparadas por el artículo 2° de la Carta. De esta manera, resulta claro que la norma garantiza el deber de reparación por parte del Estado, siendo éste responsable por los daños antijurídicos ocasionados por sus agentes con ocasión de la actividad estatal, en la medida, que la víctima del daño no esté en el deber jurídico de soportarlo (2011, sent. C-644).

Aunque la expresión *agente del Estado* como cualificación del particular que ejerce función pública es imprecisa porque este sigue siendo un particular, lo cierto es que permite extenderles el control judicial por medio de la reparación directa. Esta consecuencia se alcanza sin una lectura tan *ambigua* del nexo de imputación, si se parte de una noción más amplia como *autoridades públicas*, calificación que también reciben estos particulares en el CPACA y que establece el artículo 90 constitucional cuando prescribe que el Estado responderá por hechos, acciones u omisiones de las *autoridades públicas*.

Por lo tanto, la reparación directa procede contra particulares que cumplen funciones administrativas y, como consecuencia, a modo de ilustración podría demandarse a las universidades privadas por las irregularidades en la acreditación y expedición de títulos profesionales, los curadores urbanos por omisión de sus funciones o por la expedición de licencias de construcción, y una multiplicidad de casos donde se genere un daño antijurídico por la falta, falla o prestación defectuosa del servicio o cumplimiento de las funciones administrativas o públicas del particular.

c) Repetición

Este medio de control se fundamenta en el artículo 90 constitucional, que en el inciso segundo prescribe: “En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”. También se consagra en el artículo 142 del CPACA, que reitera el mandato superior, precisando el término *agente suyo* e incluyendo al *servidor, ex servidor público* y el *particular en ejercicio de funciones públicas*.

Adicionalmente, la Ley 678 de 2001, que regula la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través de la acción de repetición, incluyó a los particulares que cumplen funciones públicas como sujetos pasivos. Al respecto, prescribe el artículo 1: “La presente ley tiene por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y de *los particulares que desempeñen funciones públicas*, a través del ejercicio de la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Política o del llamamiento en garantía con fines de repetición”.

Además, la Ley 678 para esta acción equipara a los *contratistas, interventores, consultores y asesores* a los particulares que desempeñan funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales —parágrafo 1 del artículo 2—. Sobre esta norma se presentó demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional por violación de la unidad de materia, alegando que su objeto era la responsabilidad de los agentes del Estado, y estos sujetos —contratistas, interventores, consultores y asesores— no tenían esta calidad. La Corte, en la sentencia C-484 de 2002, declaró exequible esta disposición en la cual se limitó a presuponer, sin justificar el *porqué*, que estos sujetos son *agentes del Estado*.

Conforme a lo anterior, no hay duda de la legitimación por pasiva de los particulares que ejercen funciones administrativas, de modo que se podrán demandar directamente; incluso se podrán llamar en garantía dentro del proceso que adelanten contra la entidad estatal o el particular que cumpla función administrativa.

Sin embargo, ¿puede un particular que ejerce función administrativa, por ejemplo, cuando no es una persona natural sino una persona jurídica, instaurar el medio de repetición contra los empleados que con su actuación causaron el daño antijurídico? Al respecto se insinúan dos tesis: una, contra su procedencia, teniendo en cuenta que los funcionarios de este particular no tienen la calidad de servidores públicos y no se puede adjudicar la calidad de particulares que ejercen función administrativa, pues quien recibe esta función es la organización y no las personas naturales que laboran para ella, razón por la cual no se cumplen los presupuestos para configurar la legitimidad por pasiva; y otra, a favor de su procedencia, teniendo en cuenta que los empleados de un particular que ejerce función administrativa son quienes *realmente* tienen a cargo esta función, y que frente a estos sujetos, eventualmente, lo que está en juego es el patrimonio público.

En todo caso, puede afirmarse, con fundamento en el adagio según el cual “donde existe la misma razón debe existir la misma disposición”, que ante el reconocimiento de una indemnización con ocasión de la culpa o dolo de un empleado del particular que desempeña función pública, que afecte el patrimonio previsto para el cumplimiento de su función, es procedente repetir, bien por el medio de control de repetición consagrado en el CPA-CA y la Ley 678 de 2002 ante la jurisdicción administrativa, o repetir por las vías ordinarias ante la jurisdicción ordinaria.

En tal sentido, se considera que el criterio del patrimonio público es fundamental, de modo que si la condena afecta el patrimonio público previsto para el cumplimiento de la función, no hay duda de que puede acudir a este medio de control; pero si lo que se afecta es el patrimonio privado, procede la repetición pero no ante esta jurisdicción, cuando entre ellos medie contrato laboral o de prestación de servicios que establezca este tipo de responsabilidad.

6.4. Legitimidad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para controlar al particular que ejerce función administrativa

Luego de analizar la extensión de la jurisdicción especializada a los particulares que ejercen función administrativa, y su alcance dogmático, conviene precisar las razones por las cuales se justifica y legitima su competencia dentro del sistema dualista de jurisdicciones, toda vez que, por tratarse

de particulares, la jurisdicción ordinaria es en principio la competente. El tópico es relevante porque se ha pasado por alto el alcance político y jurídico de la delimitación del juez de sus controversias.

Antaño no se estableció una reserva competencial expresa para la jurisdicción administrativa y tampoco con la Constitución de 1991, salvo la consagrada en los artículos 236 a 238, sobre la nulidad por inconstitucionalidad, la pérdida de investidura de los congresistas y la suspensión de actos administrativos. Por ello, del ámbito constitucional no se deriva el juez competente para conocer los litigios que se susciten por los particulares en ejercicio de la función administrativa.

En manos del legislador está la atribución de competencias y la determinación de los contornos de esta jurisdicción, restringiéndose o extendiéndose más allá de los entes estatales y las funciones administrativas, pues en ella subyacen la independencia, autonomía y especialidad de esta disciplina jurídica, y se determina el alcance de la huida, retorno o extensión del derecho administrativo, el pleno sometimiento al ordenamiento jurídico y la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos frente al ejercicio del poder público contemporáneo.

Sobre la legitimidad, crítica y defensa de esta jurisdicción se ha escrito mucho (Rodríguez, 2008; Pochard, 2008; Díaz Díez, 2013), pero de esta discusión interesa un punto más preciso: la legitimidad del juez administrativo como operador jurídico de las controversias que se suscitan con los particulares que tienen funciones públicas —administrativa— y, en este sentido, se enmarcarán los siguientes argumentos.

En esta oportunidad se defiende la pertinencia de una jurisdicción especializada, la de lo contencioso administrativo, para conocer las controversias de los particulares que ejercen función administrativa, en razón a: i) la especialidad de la función;² ii) la especialidad del régimen jurídico de la función administrativa; iii) la especialidad del sujeto controlado: no es igual un particular que ejerce función administrativa que un particular en sentido estricto; iv) la formación jurídica y política del juez administrativo versus la formación del juez ordinario; v) su papel no solo como contrapeso del poder político, sino también como contrapeso a la huida

2 Lina Marcela Escobar (2005, p. 154) encuentra una reserva constitucional a favor de la jurisdicción especializada con ocasión del ejercicio de la función administrativa.

del derecho administrativo y la privatización de la gestión pública;³ vi) su compromiso con la garantía de los derechos de los administrados versus la aplicación de un derecho fundado en la autonomía de la voluntad privada; vii) la función pedagógica para la buena marcha, ya no solo del Estado sino del poder público en general; y viii) su importancia para la cultura jurídica como anclaje del derecho especial de la función administrativa en el marco de una nueva dimensión de lo público, que no solo impide la huida del derecho administrativo, sino que, incluso, justifica su retorno y extensión.

Es necesaria una jurisdicción especializada para conocer los litigios del ejercicio del poder público, las funciones públicas y la gestión pública, pues en un mundo de titanes económicos, políticos y sociales, que desplazan al Estado, que lo obligan a cambiar, transformarse y adaptarse; en una nueva gestión del poder público, ya no solo en sus manos sino también de particulares, auspiciados o no por el cuerpo estatal, la gestión pública no tiende a desaparecer sino que se retoma y extiende a partir de nuevas figuras y cambios institucionales, que refuerzan su papel en el progreso social y obligan, como antaño, a la actualización de las instituciones, como la jurisdicción administrativa, para la garantía y protección de los derechos de las personas, pues el derecho administrativo en vez de desaparecer se necesita y necesitará de manera reforzada.

6.5. Referencias bibliográficas

Congreso de la República. (2009, noviembre 17). Exposición de motivos del proyecto de ley que se convirtió en el CPACA. *Gaceta del Congreso*, núm. 1173.

Consejo de Estado. (2007, febrero 8). Sección Tercera. Sentencia, expediente 30.903.

_____. (2013, noviembre 21). Sección Tercera. Sentencia, expediente 46.027.

_____. (2014, febrero 12). Sección Tercera. Sentencia, expediente 47.083.

Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-644.

Darnaculleta i Gardella, M. (2003). *Derecho Administrativo y autorregulación: La autorregulación regulada*. Tesis doctoral. Girona: Universidad de Girona. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10803/7681>.

3 David Suárez Tamayo (2010, p. 195) ubica la reserva constitucional del derecho y el juez administrativo como uno de los límites y controles de la huida del derecho administrativo, aunque no sin vacilaciones, pues defiende la libre configuración legislativa.

- Díaz Díez, C. (2013). *La jurisdicción de lo contencioso administrativo*. Medellín: Universidad de Antioquia, CEDA, Librería Jurídica Sánchez.
- Escobar, L. M. (2005). La huida del derecho administrativo. *Revista Holística Jurídica*, núm. 3, pp. 127-163.
- Fernández Rodríguez, T. R. (1972). *Derecho Administrativo, sindicatos y autoadministración*. 2.^a ed. Madrid: INAP.
- Marín Cortés, F. (s. e.). El reglamento, fuente del derecho administrativo. Documento.
- Penagos, G. (1985). Criterios para clasificar los actos en el Derecho Procesal Administrativo. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. 3, pp. 136-187.
- Pochard, M. (2008). La evolución del contencioso administrativo en el mundo. En: *Memorias del Seminario franco-colombiano sobre la reforma a la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. Bogotá: Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés.
- Rodríguez, L. (2008). La justificación de las jurisdicciones administrativas especializadas. En: *Derecho administrativo general y colombiano*. 16.^a ed. Bogotá: Temis.
- Suárez Tamayo, D. (2010). *Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios Transformaciones-Tendencias del Derecho Administrativo*. Medellín: Universidad de Antioquia. Disponible en <http://bibliotecadigital.udea.edu.co/handle/10495/10057>.



El tema propuesto *Función administrativa por particulares* es absolutamente actual, inquietante, provocador y retador. Hablar de función administrativa, servicio público, descentralización por colaboración, objeto del derecho administrativo, control fiscal, control disciplinario, función electoral, jurisdicción administrativa, es hablar del origen y la historia, de la consolidación, crisis, huida, retorno y validez del derecho administrativo. En este sentido, el texto de Luz Astrid es un ameno, documentado y profundo recorrido por todos esos ámbitos, lo que hace de esta publicación una verdadera obra de derecho administrativo que dará mucho de qué hablar, y se convertirá en lectura obligada en los programas de pregrado y posgrado.

David Suárez Tamayo



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

ISBNe: 978-958-5526-84-6

