

Sentencia C-866/99

FUNCION PUBLICA POR PARTICULARES Y PRIVATIZACION-Diferencias

Resulta claro que la asunción de funciones administrativas por los particulares es un fenómeno que, dentro del marco del concepto de Estado que se ha venido consolidando entre nosotros, no resulta extraño, sino que más bien es desarrollo lógico de esta misma noción. Resulta oportuno señalar, que el tema de la asunción de funciones administrativas por parte de los particulares no debe confundirse con el tema de la privatización de ciertas entidades públicas. En efecto, la privatización es un fenómeno jurídico que consiste en que un patrimonio de naturaleza pública, es enajenado a particulares, de tal manera que se trueca en privado. La privatización comporta un cambio en la titularidad de ese patrimonio, que siendo estatal, pasa a manos de los particulares, y debe aquella responder a políticas que miran por la realización de los principios de eficiencia y eficacia de la función pública y enmarcarse dentro de los criterios del artículo 60 de la Carta. La atribución de funciones administrativas a particulares hecha por las autoridades, no conlleva, en modo alguno, cambio en la titularidad del patrimonio estatal. Significa simplemente la posibilidad dada a aquellos de participar en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la ley y los reglamentos.

FUNCION ADMINISTRATIVA POR PARTICULARES-Limitaciones para atribuir las

El primer criterio que restringe la atribución de funciones administrativas a particulares está dado por la asignación constitucional que en forma exclusiva y excluyente se haga de la referida función a determinada autoridad. Pero no sólo la Constitución puede restringir la atribución de ciertas funciones administrativas a los particulares, sino que también la ley puede hacerlo. En efecto, si el constituyente dejó en manos del legislador el señalar las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares, debe entenderse que el mismo legislador tiene atribuciones para restringir dicho ejercicio dentro de ciertos ámbitos. Existe otra limitación que se deduce de las reglas constitucionales, en especial del artículo 6° de la Carta. Por lo cual las autoridades administrativas sólo pueden atribuir a los particulares el ejercicio de funciones jurídicamente suyas, no las de otros funcionarios. La atribución de funciones administrativas tiene otro límite: la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga. En efecto, la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias.

FUNCION ADMINISTRATIVA POR PARTICULARES-Específicamente determinadas

Resulta particularmente importante que las funciones que se encomendarán a los particulares sean específicamente determinadas, como perentoriamente lo prescribe el literal a) del artículo 111 acusado, el cual se aviene a la Carta si es interpretado conforme a las anteriores precisiones. La Corte encuentra que le asiste razón al demandante cuando afirma que no todo tipo de funciones administrativas pueden ser atribuidas a los particulares; empero, no acoge el criterio orgánico al cual él acude para fijar el límite, según el cual sólo cabe tal atribución en las funciones que son ejercidas actualmente por el sector

descentralizado de la Administración (descentralización por servicios). Entiende, en cambio, que los criterios de restricción son los anteriormente expuestos, que resultan de la interpretación sistemática de la Constitución y de principios de derecho público comúnmente admitidos en nuestra tradición jurídica.

#### FUNCION ADMINISTRATIVA POR PARTICULARES-Regulación de la función

#### FUNCION ADMINISTRATIVA POR PARTICULARES-Atribución mediante acto administrativo o convenio

Cuando la norma acusada defiere al acto jurídico la “regulación” de la atribución de funciones administrativas a particulares, y el señalamiento de las funciones específicas que serán encomendadas, no está trasladando la función legislativa a las autoridades ejecutivas. No está poniendo en sus manos la potestad de determinar “el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas”, a la que se refiere el artículo 123 superior en concordancia con el 210 íbidem, sino que se está refiriendo a la potestad administrativa de determinar de manera concreta y particular dichas condiciones en un caso individual dado, a partir del régimen señalado por el legislador, y para garantizar la efectividad del mismo. Esta regulación particular se lleva a cabo mediante la expedición del acto administrativo y un contrato.

#### FUNCION ADMINISTRATIVA POR PARTICULARES-Ejercicio excepcional

La forma en que está redactada la norma induce a confusión, por cuanto permite concluir que la regla general es la posibilidad del ejercicio de funciones administrativas por los particulares, y que la excepción sería la disposición legal en contrario. En efecto, pareciera que ellos pudieran ejercer todo tipo de actividades administrativas, salvo en los casos en que la ley expresamente se los prohibiera. Si bien es cierto que conforme al artículo 6° superior los particulares pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido, por lo cual “solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”, dicha norma no resulta aplicable cuando se trata de la atribución de funciones administrativas. En este supuesto, sólo pueden llevar a cabo aquello que en virtud de la atribución viene a ser de su competencia y, conforme al mismo artículo 6° de la Carta, responden entonces por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, como lo hacen los servidores públicos. La regla general se invierte y en principio no pueden ejercer todo tipo de funciones administrativas, sino sólo aquellas que, en los términos de la Constitución y de la Ley, les pueden ser conferidas según lo precisado en esta misma sentencia.

#### FUNCION ADMINISTRATIVA POR PARTICULARES-Debe suscribirse convenio

Para conferir funciones administrativas a personas privadas mediante acto administrativo de carácter particular, no basta la expedición de dicho acto conforme a lo prescrito por la ley bajo examen, sino que es necesario, adicionalmente, que en todos los casos se suscriba con ellos un convenio mediante el cual expresamente se acepte la asignación de dicho ejercicio de funciones. Sólo de esta manera se preserva el principio de equidad, puesto que la autonomía de la voluntad particular es libre para aceptar la atribución individual de funciones administrativas, aun cuando ella resulte onerosa para el ciudadano. Así, no se imponen

entonces cargas exorbitantes a determinadas personas privadas en particular.

#### FUNCION PUBLICA POR PARTICULARES-No retribución

No exige la Constitución que la ley establezca una específica retribución para el particular que ejerza funciones públicas. Al fin y al cabo, ésta es una forma de “participar en la vida política, cívica y comunitaria”, que es uno de los deberes a que se refiere el artículo 95 de la Constitución. En el caso de los comerciantes que recaudan el impuesto al valor agregado (IVA), y en el de quienes, al hacer un pago, retienen en la fuente, la ley no ha previsto una retribución por tal gestión, porque ésta es, sencillamente, un deber de participación, conexo con la actividad que ellos desarrollan. Cumplir así este deber, sin una específica retribución, no quebranta la justicia ni la equidad: por el contrario, las realiza, porque es una expresión de la solidaridad social. Y no puede afirmarse, en general, que el ejercicio de la función pública represente un perjuicio para el particular, porque no lo hay en el servicio a la comunidad. Sólo podría haberlo si la función asignada implicara una carga excesiva, desproporcionada, y contraria, por lo mismo, a la equidad y a la justicia. Si bien es cierto tales funciones pueden ser desarrolladas a título gratuito, ello no impide que las mismas puedan ser remuneradas. Queda librado a la facultad discrecional del legislador señalar cuándo establece una u otra condición.

#### FUNCION ADMINISTRATIVA POR PARTICULARES-Plazo de ejecución del convenio

En lo concerniente a la frase “cuyo plazo de ejecución será de cinco ( 5 ) años”, la cual subsiste en el ordenamiento jurídico con posterioridad a la mencionada Sentencia C-702 de 1999, la Corte debe precisar que una vez retirada del ordenamiento jurídico la expresión “prorrogables”, la norma señala actualmente como término legal de cualquier convenio de atribución de funciones a particulares el de cinco años; sin embargo, la recta interpretación de esta norma, según la naturaleza de las cosas y el principio hermenéutico del efecto útil de las disposiciones, lleva a concluir que este es un plazo máximo de duración del respectivo convenio, pues otra cosa haría imposible la celebración del mismo en aquellos casos en los cuales la naturaleza de la función implica su realización en un plazo menor.

#### FUNCION PUBLICA POR PARTICULARES-Acto administrativo no se somete a aprobación de gobernador o alcalde

El numeral 1° del artículo 111 referente a los requisitos y al procedimiento que ha de seguirse para conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, establece que para el efecto es necesaria la expedición de un acto administrativo que será sometido, en el caso de las entidades descentralizadas del nivel departamental o municipal, a la aprobación del gobernador o del alcalde, según el caso. La anterior prescripción desconoce las competencias constitucionales propias de las asambleas y los concejos municipales. En efecto, se recuerda que las mencionadas corporaciones públicas tienen un carácter administrativo, y a ellas corresponde reglamentar el ejercicio de las funciones de esta índole en el departamento o en el municipio, incluidas las del gobernador o el alcalde, conforme lo indican los artículos 299, 300 numeral 1°, 312 y 313 numeral 1° de la Carta. Si bien los gobernadores y los alcaldes son los jefes de la administración seccional en virtud de lo cual dirigen y coordinan la acción administrativa en su territorio, ello no puede significar el desplazamiento de las corporaciones administrativas del orden territorial de la competencia

que constitucionalmente les es atribuida para la regulación del ejercicio de las funciones públicas, dentro del ámbito de la entidad territorial respectiva. Por tal razón la expresión “de los gobernadores y de los alcaldes, según el orden al que pertenezca la entidad u organismo”, será retirada del ordenamiento. Esta situación origina un vacío legislativo que deberá ser llenado por el Congreso de la República, prescribiendo una regulación que tenga en cuenta las competencias propias de las corporaciones públicas territoriales, conforme a la Constitución.

Referencia: Expediente D-2369.

Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998, “por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

Actor: Luis Eduardo Montoya Medina.

Magistrado Ponente:

Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

## I. ANTECEDENTES

El ciudadano LUIS EDUARDO MONTOYA MEDINA, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 242 de la Constitución Política, demandó la inexecutable de los artículos 110 (parcial) y 111 (parcial) de la Ley 489 de 1998.

El magistrado sustanciador mediante Auto del 22 de abril de 1999, resolvió admitir la demanda respecto de los artículos parcialmente acusados.

Admitida la demanda, se ordenaron las comunicaciones de rigor, se fijó en lista el negocio en la Secretaría General de la Corte Constitucional para efectos de la intervención ciudadana y, simultáneamente, se dio traslado al señor procurador general de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Nacional y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda presentada.

## II. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

Se transcriben a continuación los artículos demandados de la ley 489 de 1998, con la advertencia que se subraya y resalta la parte acusada :

Ley 489 de 1998

(diciembre 2)

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

“Artículo 110: CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS POR PARTICULARES. Las personas naturales y jurídicas privadas podrán ejercer funciones administrativas, salvo disposición legal en contrario, bajo las siguientes condiciones:

“ La regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función la que, en consecuencia, deberá impartir las instrucciones y directrices necesarias para su ejercicio.

“ Sin perjuicio de los controles pertinentes por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular.

“ Por motivos de interés público o social y en cualquier tiempo, la entidad o autoridad que ha atribuido a los particulares el ejercicio de las funciones administrativas puede dar por terminada la autorización.

“ La atribución de las funciones administrativas deberá estar precedida de acto administrativo y acompañada de convenio, si fuere el caso.”

“Artículo 111. REQUISITOS Y PROCEDIMIENTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y CONVENIOS PARA CONFERIR FUNCIONES ADMINISTRATIVAS A PARTICULARES. Las entidades o autoridades administrativas podrán conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, bajo las condiciones de que trata el artículo anterior, cumpliendo los requisitos y observando el procedimiento que se describe a continuación:

“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, de los gobernadores y de los alcaldes, según el orden al que pertenezca la entidad u organismo, mediante el cual determine:

- a)“Las funciones específicas que encomendará a los particulares.
- b). “Las calidades y requisitos que deben reunir las entidades o personas privadas;
- c). “Las condiciones del ejercicio de las funciones.
- d)“La forma de remuneración, si fuere el caso.

e)“La duración del encargo y las garantías que deben prestar los particulares con el fin de asegurar la observancia y la aplicación de los principios que conforme a la Constitución Política y a la ley gobiernan el ejercicio de las funciones administrativas.

La celebración de convenio, si fuere el caso, cuyo plazo de ejecución será de cinco ( 5 ) años prorrogables y para cuya celebración la entidad o autoridad deberá:

“ 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.”

### III. LA DEMANDA

#### 1. Normas constitucionales que se consideran infringidas.

El demandante considera que las normas acusadas vulneran los artículos 2°, 3°, 4°, 6°, 13, 25, 53, 113, 115, 121, 122, 123, 124, 125, 189, 209 y 210 de la Constitución Política.

#### 2. Fundamentos de la demanda.

Para el demandante el modelo constitucional que propone la Carta de 1991, permite el ejercicio de la función pública por los particulares sólo de un modo accidental, esporádico y transitorio, lo cual se infiere del tenor de los artículos 116, 267 y 123 superiores, referentes respectivamente a la posibilidad de investir transitoriamente a los particulares de la función de administrar justicia, de llevar a cabo el control fiscal y a la facultad del legislador para determinar el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas.

De otra parte, aduce que todas las funciones públicas se someten en su ejercicio al principio de legalidad (arts. 6°,121 y 123 de la Constitución), que descarta la posibilidad de que tal ejercicio sea reglado “a partir de actos administrativos, aunque sean generales”. La regulación normativa de los eventos en los cuales los particulares pueden ejercer funciones públicas es siempre legal, sostiene.

Adicionalmente, para el actor las normas superiores relativas al ejercicio de la función administrativa en el nivel central, en particular los artículos 209 a 211 de la Carta, excluyen la posibilidad de que tal función sea ejercida por particulares. El ejercicio de funciones administrativas por particulares, como lo indica el artículo 210 mencionado, se restringe a los casos de descentralización por servicios, en donde los particulares sí están expresamente autorizados para cumplir las referidas funciones, en las condiciones que señale la ley. La Constitución, en sentir del actor, “no admitió que fueran asumidas por los particulares las atribuciones de la rama ejecutiva del poder público.” Por lo cual la administración se puede llevar a cabo mediante la delegación, la desconcentración y la descentralización, pero sin que sea posible delegar, desconcentrar o descentralizar en cabeza de los particulares, salvo la excepción expresa contenida en el artículo 210, referente a la descentralización por servicios, “hipótesis en la cual de modo restrictivo se previó que los particulares asuman allí funciones públicas administrativas...”. En este mismo sentido, el actor expresa: “atribuir funciones públicas administrativas a los particulares sin el distinguo de serlo únicamente en la

descentralización por servicios, adicionalmente, es desconocer la estructura estatal para colapsarla, desdibujando sus ámbitos públicos y los propios de la actividad privada y los límites constitucionalmente indicados para ellas.”

Con fundamento en los anteriores razonamientos, el actor reprocha de inconstitucionalidad las normas parcialmente demandadas, alegando una “extralimitación en la ley en cuanto a las funciones transferibles temporalmente y respecto de qué sector, así como sobre la manera de imponer las funciones públicas a los particulares”.

El actor pone en entredicho también la expresión “si fuere el caso”, contenida en el artículo 110 demandado, pues dicha frase, que se refiere a la necesidad de expedir un acto administrativo o de celebrar un convenio a efectos de investir de funciones públicas a un particular, a su modo de ver introduce, además, un factor discrecional, que permite al funcionario o bien expedir el acto administrativo o bien celebrar el convenio, quedando a su entero arbitrio lo uno o lo otro, y desplazándose, por ende, las previsiones del constituyente respecto a la competencia del legislador para regular tal traslado de competencias.

En relación con el literal d) del numeral 1° del artículo 11 demandado, que permite la posibilidad de no remunerar las funciones administrativas que lleve a cabo el particular investido de ellas, el actor encuentra que tal posibilidad desconoce los principios de dignidad humana y de igualdad.

Finalmente, en cuanto a dispuesto por el numeral 2° del artículo 11 que prevé que el convenio celebrado para la ejecución de funciones públicas debe tener un término inicial de cinco años prorrogables, el actor alega que dicho término quebranta los mandatos superiores relativos a la transitoriedad o temporalidad del investimento de funciones públicas, por cuanto “un lustro puede ser un plazo excesivo o insuficiente, según lo requieran las necesidades y los hechos.”

#### IV. INTERVENCIONES

Intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública.

El ciudadano Antonio Medina Romero, en representación del Departamento Administrativo de la Función Pública, intervino en el proceso para oponerse a la demanda, porque, al parecer de esa Entidad, “afirmar, como lo hace el actor que la colaboración de los particulares en el ejercicio de las funciones públicas solo puede ser efectuado en las entidades pertenecientes al sector descentralizado de la Administración, arguyendo que el artículo 210 de la Carta se refiere únicamente a este sector, es desconocer uno de los principios básicos que informan toda la Carta fundamental: que Colombia es un Estado Social de Derecho, sustentado, entre otros principios, en la democracia participativa.”

El interviniente, citando profusa jurisprudencia de esta Corporación, afirma que la participación ciudadana en la actividad del Estado es un derecho y un deber de los ciudadanos, por lo cual “la posibilidad de asignación de funciones públicas a particulares no es una situación exceptiva, sino que es la norma general, en tanto que la excepción es la imposibilidad de que los particulares desempeñen funciones públicas.”

Con fundamento particularmente en la decisión contenida en la Sentencia C-091 de 1997 1, sostiene que no deben prosperar los cargos relacionados con las facultades que la norma acusada confiere a la Administración para que mediante un acto unilateral confiera a un particular el ejercicio de funciones públicas aun sin retribución económica, pues es claro que la Constitución no impone límites al legislador en lo relativo a su facultad de establecer cuándo y en qué condiciones pueden los particulares cumplir funciones administrativas.

## 2. Intervención del Ministerio del Interior.

El ciudadano Francisco Beltrán Peñuela, obrando en representación del Ministerio del Interior, se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes apreciaciones:

El artículo 210 superior permite afirmar que el Constituyente de 1991 concedió facultad a los particulares para ejercer funciones públicas, y dispuso que para ejercer la mencionada facultad se requiere que la ley fije las condiciones de su realización. Lo que las normas acusadas hacen es, justamente, fijar las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas, permitiendo al ejecutivo delegar tales facultades en una persona privada, siempre que concurran los presupuestos señalados en ellas.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL

En la oportunidad legal, el señor procurador general de la Nación se pronunció sobre la demanda presentada y solicitó a esta Corporación que se declare la exequibilidad de las normas acusadas, de acuerdo con los argumentos que se enuncian a continuación.

En opinión del señor procurador, el Preámbulo y los artículos 1° y 2° de la Carta consagran la participación ciudadana como uno de los valores del Estado Social de Derecho. En armonía con las anteriores disposiciones, los artículos 210 y 365 prescriben que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley, e igualmente pueden prestar servicios públicos. En este orden de ideas, las disposiciones acusadas de la Ley 489 de 1998, precisan las condiciones para el ejercicio de las funciones administrativas por parte de los particulares y los requisitos y procedimientos para conferirlos y en ese sentido son un adecuado desarrollo de la Constitución.

Concretamente, respecto del cargo según el cual no es posible transferir funciones administrativas a través de acto administrativo o contrato, la vista fiscal señala que, con fundamento en el artículo 210, superior puede sostenerse que el legislador goza de plena autonomía para establecer los mecanismos jurídicos a través de los cuales se conceden funciones administrativas a los particulares. Además, en ejercicio de dicha autonomía, la ley puede establecer que el ejercicio de funciones administrativas se confiera bien mediante acto administrativo unilateral, o bien mediante acto administrativo y convenio posterior. A juicio del señor procurador, la locución “si fuere el caso”, no puede interpretarse como lo hace el demandante, que alega que ella deja al arbitrio del funcionario el expedir el correspondiente acto administrativo o el celebrar el convenio, sino que tiene el alcance de indicar que no siempre el convenio es requerido, puesto que las funciones administrativas pueden ser atribuidas únicamente por acto administrativo unilateral.

En lo relacionado con el cargo formulado según el cual la Constitución no permite que los particulares asuman funciones públicas inherentes a la administración central, pues sólo en la descentralización por servicios pueden ellos asumir dichas funciones, el señor procurador afirma que el hecho de que la autorización dada por el Constituyente a los particulares para ejercer tales funciones se encuentre en el artículo 210 superior, que a su vez trata de la creación de entidades descentralizadas por servicios, no quiere decir que la autorización referida sólo se pueda ejercer dentro del sector descentralizado por servicios, “puesto que el constituyente no hizo la distinción a que alude el actor.”

En lo concerniente al cargo según el cual la posibilidad de que las funciones administrativas ejercidas por particulares puedan no encontrarse remuneradas, lo cual, en el sentir del actor desconoce la dignidad humana y el principio de igualdad, la vista fiscal explica que, a su modo de ver, no siempre hay lugar a remuneración pues en ciertos casos “los costos que demande el desempeño de las referidas funciones se cubre con el valor que se cobre al usuario por los servicios.”

Finalmente, en cuanto al plazo de cinco años que se dispone como mínimo de duración del convenio para la ejecución de funciones administrativas, el procurador aduce que el legislador tenía facultades para establecer dicha condición, conforme a los artículos 123 y 210 de la Constitución.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

### 1. La competencia y el objeto de control.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer las acusaciones planteadas contra las normas parcialmente demandadas, por ellas ser parte de una ley de la República.

Cuestión previa.

Encuentra la Corte que las expresiones demandadas de los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998, aisladas del contexto normativo dentro del cual se encuentran insertadas, pierden su sentido propio, el cual sólo puede ser cabalmente deducido de la lectura integral de las referidas normas. En tal virtud, considera que tales expresiones, junto con el resto del texto de los artículos acusados, conforman una proposición jurídica completa, por lo cual entra a pronunciarse sobre dicho texto íntegro.

El ejercicio de funciones administrativas por particulares, desde la perspectiva de la axiología constitucional.

1. El Estado social de derecho, a diferencia del Estado liberal clásico, se edifica a partir de los principios de solidaridad y participación, los cuales cobran vigencia para imponer la cooperación entre los hombres a fin de lograr la efectivización de sus derechos. Su consagración en la Carta, enunciada desde el primer artículo, busca primordialmente lograr la orientación de la política administrativa hacia la satisfacción de las necesidades básicas de la población; y no es algo casual o accidental, sino que responde a una larga historia de

transformaciones institucionales ocurridas no sólo en nuestro orden jurídico fundamental, sino también en el de las principales democracias constitucionales del mundo.

En efecto, el concepto de “Estado bienestar,” antecedente del de “Estado social de Derecho”, surgió en Europa a principios de este siglo, como respuesta a demandas sociales de variada índole. La nueva concepción estatal, hacía referencia a una transformación del antiguo modelo reducido de Estado, propio del liberalismo clásico, para dar paso a una estructura político administrativa mucho más compleja, promotora de toda la dinámica social, y tendiente, como se dijo, a garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de la población en campos como el de la salud, la vivienda, el trabajo, la educación, la alimentación, la seguridad, etc., satisfacción concebida ahora como derecho de cada cual y no como mera beneficencia.

2. Este cambio de perspectiva significó el advenimiento de la actividad intervencionista del Estado, la cual requería de una respuesta jurídica apropiada que la enmarcase. Esta respuesta consistió en la consagración constitucional de un catálogo de derechos de contenido social, económico y cultural, y, a nivel institucional, en la creación de los mecanismos propios de la intervención dentro del marco de la democracia participativa.

3. Ya esta Corporación había afirmado que 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.”<sup>2</sup>

Y en el mismo sentido señaló también: “La ejecución de algunas funciones propias del estado a través de la contratación o con la participación directa de los particulares, resulta de cierto modo una tendencia que se descubre a lo largo de la Constitución, y que obedece al interés del constituyente de “desoficializar” en buena parte la actividad pública apoyándose en la participación privada como una forma de acercamiento y colaboración mutua con finalidades productivas de diferente índole entre los sectores público y privado. Dentro de ese designio constitucional se inscriben, por ejemplo, la autorización de la Carta para la “ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social” (art. 48), la “prestación de los servicios de salud” (art. 49), la de llevar a cabo el “ejercicio de la vigilancia fiscal” , la prestación de los servicios públicos” (art. 365).<sup>3</sup>

4. Tenemos entonces que nuestra Carta Fundamental, en desarrollo de los postulados que definen el Estado social de Derecho, explícitamente acepta la posibilidad del ejercicio de funciones administrativas por particulares. Lo hace en el tercer inciso del artículo 123, que a

su tenor literal dice así:

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

De igual manera, el artículo 210 superior indica :

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

A su turno, el artículo 365 de la Carta referente a la prestación de los servicios públicos, prescribe:

“Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares.”

Así las cosas, resulta claro que la asunción de funciones administrativas por los particulares es un fenómeno que, dentro del marco del concepto de Estado que se ha venido consolidando entre nosotros, no resulta extraño, sino que más bien es desarrollo lógico de esta misma noción.

5. Resulta oportuno señalar, que el tema de la asunción de funciones administrativas por parte de los particulares al que se viene haciendo alusión, no debe confundirse con el tema de la privatización de ciertas entidades públicas. En efecto, la privatización es un fenómeno jurídico que consiste en que un patrimonio de naturaleza pública, es enajenado a particulares, de tal manera que se trueca en privado. La privatización comporta un cambio en la titularidad de ese patrimonio, que siendo estatal, pasa a manos de los particulares, y debe aquella responder a políticas que miran por la realización de los principios de eficiencia y eficacia de la función pública y enmarcarse dentro de los criterios del artículo 60 de la Carta.

La atribución de funciones administrativas a particulares hecha por las autoridades, no conlleva, en modo alguno, cambio en la titularidad del patrimonio estatal. Significa simplemente la posibilidad dada a aquellos de participar en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la ley y los reglamentos.

4. ¿Es posible atribuir todo tipo de funciones administrativas a los particulares?

6. A juicio del demandante, el ejercicio de funciones administrativas por particulares se restringe a los casos de descentralización por servicios, y está excluida en el sector central. A estas conclusiones arriba a partir de la consideración de que el inciso segundo del artículo 210, arriba citado, que atribuye al legislador la fijación de las condiciones según las cuales pueden los particulares cumplir funciones administrativas, se refiere, en su sentir, exclusivamente a la descentralización por servicios.

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

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

7.1 A partir de un criterio orgánico, la función administrativa es aquella que está atribuida al gobierno, entendiendo la palabra "gobierno" como la rama Ejecutiva del poder público. De manera general puede decirse entonces, desde este punto de vista, que el contenido de la función administrativa o ejecutiva son las actividades del poder Ejecutivo. Sin embargo, en los sistemas de gobierno presidenciales, como el nuestro, el órgano Ejecutivo tiene a la cabeza al presidente de la República, quien, al contrario de lo que ocurre en otros sistemas de gobierno, ejerce a la vez funciones de jefe de Estado, de jefe de Gobierno y de suprema autoridad administrativa (art. 115 de la Constitución Política). La Teoría General del Estado enseña que el presidente de la República, como jefe de Estado, simboliza y representa la unidad nacional, dirige las relaciones internacionales, defiende la integridad territorial y dirige la fuerza pública, entre otras, al paso que como jefe de Gobierno ejerce funciones como el liderazgo político del Estado y la dirección de la economía. Sin embargo, todas estas funciones no son propiamente administrativas, sino políticas o gubernamentales y, en cuanto entrañan el ejercicio de la soberanía exclusiva del poder político, no son atribuibles a los particulares, pues la democracia representativa exige que sean los gobernantes elegidos por el pueblo, quienes ejerzan la conducción política y encarnen la soberanía de la nación. A esta realidad se refiere el artículo 3° superior, cuando expresa: "La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece."

Como suprema autoridad administrativa, el presidente de la República, ejerce una serie de funciones en este campo, que, como es sabido, no son llevadas a cabo todas ellas en forma personal y directa por él, sino que para ello cuenta con toda la estructura administrativa.

La Corte entiende que en este campo de las funciones propiamente administrativas es en donde cabe la posible atribución de ellas a particulares, y no en aquellas otras de contenido político o gubernamental, como tampoco en las de contenido materialmente legislativo o jurisdiccional que ocasionalmente ejercen las autoridades administrativas, pues a la atribución de las mismas a particulares no se refieren las normas constitucionales pertinentes. Este es pues, el primer criterio de delimitación. Empero, no todas las funciones administrativas asignadas por la Constitución la Rama Ejecutiva pueden ser transferidas a los particulares, pues de la Carta se deduce una serie más de limitaciones.

7.2 En efecto, en primer término la propia Constitución prohíbe la asignación de ciertas funciones a particulares, al considerarlas "exclusivas" de las autoridades administrativas. En este sentido, por ejemplo, las funciones que ejerce la Fuerza Pública son únicamente suyas, como se deduce del artículo 216 superior, según el cual dicha fuerza está integrada "en forma exclusiva, por las Fuerzas Militares y de Policía Nacional", asunto sobre el cual la Corporación se pronunció:

“En esos términos, el servicio público de policía está íntimamente ligado al orden público interno, y únicamente puede estar a cargo del Estado, a fin de garantizar su imparcialidad. Resulta además claro que a la prestación del servicio público de policía no pueden concurrir los particulares, y así lo precisa el artículo 216 de la Carta Política al estipular que “la Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional” 4

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

7.3 Pero no sólo la Constitución puede restringir la atribución de ciertas funciones administrativas a los particulares, sino que también la ley puede hacerlo. En efecto, si el constituyente dejó en manos del legislador el señalar las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares, debe entenderse que el mismo legislador tiene atribuciones para restringir dicho ejercicio dentro de ciertos ámbitos. Así por ejemplo, la propia ley demandada en esta causa, en aparte no acusado, indica que si bien ciertas funciones administrativas son atribuibles a los particulares, “el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función.”5

7.4 Existe otra limitación que se deduce de las reglas constitucionales, en especial del artículo 6° de la Carta, y que, según el conocido aforismo jurídico *nemo dat quod non habet*, indica que las autoridades administrativas solamente pueden atribuir a los particulares las funciones que son de su competencia. Por lo cual las autoridades administrativas sólo pueden atribuir a los particulares el ejercicio de funciones jurídicamente suyas, no las de otros funcionarios.

Esta limitación indica, adicionalmente, que la atribución de funciones administrativas que nunca han estado en cabeza de las autoridades administrativas, requiere de norma constitucional o legal expresa y directa, distinta de aquella otra que, como la ley bajo examen, regula de manera general las condiciones de otorgamiento de la función administrativa a particulares. Un ejemplo de esta atribución directa se encuentra en la norma superior que otorga a los notarios el ejercicio de la función fedante, o en la disposición legal que atribuye a las cámaras de comercio el llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos, recopilar y certificar las costumbres mercantiles, etc.

7.5 Por último, encuentra la Corte que la atribución de funciones administrativas tiene otro límite: la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga. En efecto, la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias. Si, en los términos del artículo 2° de la Constitución, las autoridades de la República están instituidas para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, el despojo absoluto de la materia de su competencia redundaría en la falta de causa final que justificara su investidura, con lo cual ella -la investidura- perdería sustento jurídico.

Como consecuencia de lo anterior, resulta claro que la atribución de funciones

administrativas a particulares debe hacerse delimitando expresamente la función atribuida, acudiendo para ello a criterios materiales, espaciales, temporales, circunstanciales, procedimentales o cualesquiera otros que resulten útiles para precisar el campo de acción de los particulares, en forma tal que la atribución no llegue a devenir en una invasión o usurpación de funciones no concedidas, a un vaciamiento del contenido de la competencia de la autoridad atribuyente o a la privatización indirecta del patrimonio público. Por ello resulta particularmente importante que las funciones que se encomendarán a los particulares sean específicamente determinadas, como perentoriamente lo prescribe el literal a) del artículo 111 acusado, el cual se aviene a la Carta si es interpretado conforme a las anteriores precisiones.

Así pues, la Corte encuentra que le asiste razón al demandante cuando afirma que no todo tipo de funciones administrativas pueden ser atribuidas a los particulares; empero, no acoge el criterio orgánico al cual él acude para fijar el límite, según el cual sólo cabe tal atribución en las funciones que son ejercidas actualmente por el sector descentralizado de la Administración (descentralización por servicios). Entiende, en cambio, que los criterios de restricción son los anteriormente expuestos, que resultan de la interpretación sistemática de la Constitución y de principios de derecho público comúnmente admitidos en nuestra tradición jurídica.

8. De otra parte, la Corte encuentra necesario recordar que para garantizar la vigencia de los principios superiores que gobiernan el ejercicio de la función pública (Art. 209 de la Carta), el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, resulta también extensivo a los particulares que vayan a ejercer funciones administrativas, como expresamente lo indica el artículo 113 de la Ley 489 de 1998, de la cual forman parte las disposiciones ahora bajo examen. Dicha norma literalmente indica lo siguiente:

“Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargados 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.”

De manera general, corresponde pues al legislador señalar el régimen de incompatibilidades e inhabilidades para los particulares que vayan a desempeñar funciones públicas, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 123 y 210 de la Constitución Política.

9. De otro lado, aparte del control especial ejercido por la autoridad titular de la función, 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° y 3° del artículo 110 bajo examen, que por este aspecto se ajustan también a las prescripciones de la Carta.

5. La atribución del ejercicio de funciones administrativas mediante acto administrativo o convenio.

10. Como antes se dijo, el demandante encuentra que todas las funciones públicas se someten en su ejercicio al principio de legalidad lo cual excluye la posibilidad de que tal ejercicio sea regulado a partir de actos administrativos, aunque estos sean generales. Es decir, para aquel la atribución de las referidas funciones, inexorablemente exige una ley que la regule.

Los intervinientes y la vista fiscal aducen que si bien el raciocinio anterior es cierto, la ley que regula la atribución de funciones es, justamente, la propia ley demandada, la cual de manera general prescribe las condiciones de atribución a que nos venimos refiriendo. Dentro de esas condiciones legalmente fijadas por la norma acusada, se encuentra el requerimiento de que la atribución concreta y particular se lleve a efecto mediante la expedición de un acto administrativo y en ciertos casos, la celebración adicional de un convenio.

11. La Corte comparte la anterior posición. En efecto, si bien una lectura desprevenida del inciso segundo del artículo 110 (que indica que “la regulación...de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal, a la autoridad o entidad pública titular de la función”), pudiera hacer pensar que se está dejando en manos de dichas autoridades la normativización de las condiciones generales de ejercicio de las funciones atribuidas, lo cual desconocería los mandatos constitucionales, lo cierto es que dicha lectura cambia cuando la palabra “regulación” es leída en el sentido propio de las facultades típicamente administrativas.

En efecto, “regular” según las voces del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, es “determinar las reglas o normas a que debe ajustarse una persona o cosa”<sup>6</sup>. La acción de regular jurídicamente es asumida entonces por todas aquellas autoridades que determinan o profieren normas de derecho. En este sentido el legislador regula, pero también las autoridades administrativas hacen lo propio mediante actos administrativos unilaterales o bilaterales, pues ellos no persiguen otra cosa que producir efectos jurídicos, es decir someter al imperio de normas una situación o relación determinada.

12. Ahora bien, la situación que pretende ser regulada, es decir aquella sobre la cual se busca producir efectos jurídicos, puede admitir diversos grados de generalidad: puede ser una situación jurídica general, impersonal o abstracta, pero también puede ser una situación subjetiva, individual o concreta. Esta realidad da lugar a regulaciones de distintos grados de generalidad, y así puede hablarse de actos de contenido legislativo -actos regla- si pretenden regular situaciones generales impersonales y abstractas, no encontrando para el efecto límites distintos que los establecidos por la Constitución; actos reglamentarios o normas administrativas, que si bien también son generales, lo son en menor grado en cuanto su objeto se restringe a concretar la forma de aplicación de actos más generales de rango superior en la jerarquía normativa, y que se erigen en una forma propia de exteriorización de funciones de contenido administrativo; hay también actos condición, que vinculan a un sujeto a determinada situación jurídica general y por lo tanto a su regulación; y, finalmente, actos subjetivos o particulares, que regulan situaciones jurídicas individuales. Así pues, la actividad reguladora en el mundo jurídico admite una clasificación que obedece a una diferencia de grados de particularidad o generalidad, y que permite, además, el encadenamiento de todo el sistema jurídico y la sujeción jerárquica de las normas. Esta diferencia de grados y de jerarquía de normas, determina la calidad de sistema unitario de la que se reviste el orden

jurídico, según la cual todas las normas provienen, en últimas, de una sola fuente, la norma fundamental que es el soporte de validez último del sistema.

13. Así las cosas, cuando la norma acusada defiere al acto jurídico la “regulación” de la atribución de funciones administrativas a particulares, y el señalamiento de las funciones específicas que serán encomendadas, no está trasladando la función legislativa a las autoridades ejecutivas. No está poniendo en sus manos la potestad de determinar “el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas”, a la que se refiere el artículo 123 superior en concordancia con el 210 ídem, sino que se está refiriendo a la potestad administrativa de determinar de manera concreta y particular dichas condiciones en un caso individual dado, a partir del régimen señalado por el legislador, y para garantizar la efectividad del mismo. Esta regulación particular se lleva a cabo mediante la expedición del acto administrativo y un contrato, como lo señala el artículo 110 bajo examen, justamente en el aparte que se cuestiona.

14. De esta manera, lo que hace la ley demandada es justamente determinar el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, en los términos de los artículos 123 y 210 de la Constitución. Esta sola circunstancia no la hace participar, como pudiera pensarse, de la naturaleza jurídica de “ley marco”. En efecto, dichas leyes señalan pautas generales que posteriormente son complementadas mediante regulaciones administrativas no particulares. Así pues, siendo que la ley 489 de 1998 no pretende establecer lineamientos generales que luego sean complementados por reglas administrativas de carácter no individual, es claro que no nos hallamos en presencia de una ley marco o cuadro, sino simplemente ante la regulación legal del régimen de los particulares que temporalmente desempeñan funciones públicas, las cuales deben ser atribuidas mediante actos administrativos y convenios, que fijarán, en cada caso particular, las condiciones y circunstancias de la atribución.

15. Por las razones expresadas, la Corte desestima el cargo de violación que se estructura sobre el argumento de un supuesto desconocimiento de las disposiciones constitucionales, según las cuales debe ser siempre legal la regulación de los eventos en los cuales los particulares pueden ejercer funciones públicas.

6. Examen de la constitucionalidad de algunas expresiones contenidas en las normas demandadas.

16. El inciso primero del artículo 110 sub examine es del siguiente tenor literal:

“las personas naturales y jurídicas privadas podrán ejercer funciones administrativas, salvo disposición legal en contrario, bajo las siguientes condiciones:”(resalta la Corte).

Encuentra la Corporación, que la forma en que está redactada la norma induce a confusión, por cuanto permite concluir que la regla general es la posibilidad del ejercicio de funciones administrativas por los particulares, y que la excepción sería la disposición legal en contrario. En efecto, pareciera que ellos pudieran ejercer todo tipo de actividades administrativas, salvo en los casos en que la ley expresamente se los prohibiera. Si bien es cierto que conforme al artículo 6° superior los particulares pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido, por lo cual “solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución

y las leyes”, dicha norma no resulta aplicable cuando se trata de la atribución de funciones administrativas. En este supuesto, sólo pueden llevar a cabo aquello que en virtud de la atribución viene a ser de su competencia y, conforme al mismo artículo 6° de la Carta, responden entonces por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, como lo hacen los servidores públicos. La regla general se invierte y en principio no pueden ejercer todo tipo de funciones administrativas, sino sólo aquellas que, en los términos de la Constitución y de la Ley, les pueden ser conferidas según lo precisado en esta misma sentencia.

Por las consideraciones anteriores, la expresión “salvo disposición legal en contrario”, será retirada del ordenamiento jurídico.

17. En lo que respecta a la expresión “si fuere el caso” contenida en el último inciso del artículo 110, así como en el numeral 2° del artículo 111, expresión que tiene el alcance de disponer que no siempre resulta necesario celebrar un convenio con los particulares para efectos de conferirles el ejercicio de funciones administrativas, la Corte aprecia que le asiste razón al demandante cuando indica que esta disposición otorga a las autoridades administrativas una facultad discrecional para imponer a los particulares unilateralmente dicho ejercicio, que desconoce claros principios superiores, en especial el principio de igualdad.

En efecto, la imposición unilateral del ejercicio de funciones administrativas por voluntad de los funcionarios públicos, mediante acto administrativo de contenido particular, como es aquel a que se refiere la normatividad impugnada, desconoce el principio de igualdad, puesto que si bien es cierto es deber de toda persona y de los ciudadanos participar en la vida política, cívica y comunitaria del país, y hacer efectivo el principio de solidaridad, dichos deberes deben cumplirse y hacerse cumplir dentro de los conceptos de justicia y equidad, sin imponer a determinados ciudadanos cargas exclusivas o particulares, que por no afectar a los demás, resultan desproporcionadas.

Imponer unilateralmente a cierto y determinado particular el ejercicio de una función administrativa, sin contar con su consentimiento, denota un evidente quebrantamiento del principio de justicia distributiva y de justicia conmutativa. Exigirles a algunos ciudadanos una serie de obligaciones, excluyendo de esas cargas excepcionales a los demás individuos, aunque se encuentren en idéntica situación, significa establecer el principio conocido como la “acepción de personas”, opuesto a la igualdad propia de la justicia.

Por ello la atribución unilateral a particulares de dichas funciones, exige una norma de contenido absolutamente general, que cubra el universo entero de las personas naturales o jurídicas particulares a quienes, por estar en determinada e igual situación, incumbiría el cumplimiento de un mismo deber, cual sería el de ejercer determinada función administrativa. 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. Si bien, como lo ha indicado esta Corporación “para asignar funciones públicas a los particulares, la Constitución no exige que ellos expresen su consentimiento previamente”, tal imposición unilateral exige ser llevada a cabo mediante una norma de contenido general, por las razones antedichas, referentes a la preservación del principio de igualdad.

Así las cosas, resulta obvio que para conferir funciones administrativas a personas privadas mediante acto administrativo de carácter particular, no basta la expedición de dicho acto conforme a lo prescrito por la ley bajo examen, sino que es necesario, adicionalmente, que en todos los casos se suscriba con ellos un convenio mediante el cual expresamente se acepte la asignación de dicho ejercicio de funciones. Sólo de esta manera se preserva el principio de equidad, puesto que la autonomía de la voluntad particular es libre para aceptar la atribución individual de funciones administrativas, aun cuando ella resulte onerosa para el ciudadano. Así, no se imponen entonces cargas exorbitantes a determinadas personas privadas en particular.

18. En cuanto al ejercicio gratuito de funciones administrativas por parte de los particulares, el demandante encuentra reprochable el que las normas acusadas dejen abierta tal posibilidad. A su modo de ver dicho ejercicio no remunerado desconoce los principios de dignidad humana y de igualdad que consagra la Constitución. Sin embargo, sobre el particular la Corte ya ha sentado una clara posición jurisprudencial que ahora se reitera. En efecto, en pronunciamiento contenido en la Sentencia C-091 de 1997 se dijo al respecto lo siguiente:

“¿En qué condiciones cumplen los particulares funciones administrativas? En las condiciones que señale la ley, como lo prevé la norma constitucional. Es el mismo principio consagrado por el último inciso del artículo 123 de la misma Constitución, en lo que tiene que ver con desempeño temporal de funciones públicas: “La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

“La Constitución asigna al legislador la facultad de establecer cuándo los particulares pueden cumplir funciones administrativas y en qué condiciones. Es lo que, en las palabras del inciso final del artículo 123, se menciona como determinar el régimen aplicable y regular el ejercicio de funciones públicas.

“Pero, es claro que la Constitución no impone unos límites al legislador, en esta materia. Apenas establece que debe dictarse una ley, pero no traza unas pautas rígidas para la misma. La Constitución, por ejemplo, en el caso del artículo 123, no señala un determinado límite temporal. Y no establece ninguna restricción en lo que atañe a la retribución del particular, como tampoco lo hace en el artículo 210. En el caso de las cámaras de comercio, que no son entidades públicas sino de naturaleza “corporativa, gremial y privada”, la ley les atribuye funciones públicas, entre ellas las de llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos, recopilar las costumbres mercantiles y certificar sobre la existencia de las recopiladas, y servir de tribunales de arbitramento. Al atribuirles tales funciones, la misma ley regula su ejercicio.

“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.

“Tampoco exige la Constitución que la ley establezca una específica retribución para el

particular que ejerza funciones públicas. Al fin y al cabo, ésta es una forma de “participar en la vida política, cívica y comunitaria”, que es uno de los deberes a que se refiere el artículo 95 de la Constitución. En el caso de los comerciantes que recaudan el impuesto al valor agregado (IVA), y en el de quienes, al hacer un pago, retienen en la fuente, la ley no ha previsto una retribución por tal gestión, porque ésta es, sencillamente, un deber de participación, conexo con la actividad que ellos desarrollan.

“Cumplir así este deber, sin una específica retribución, no quebranta la justicia ni la equidad: por el contrario, las realiza, porque es una expresión de la solidaridad social. Y no puede afirmarse, en general, que el ejercicio de la función pública represente un perjuicio para el particular, porque no lo hay en el servicio a la comunidad. Sólo podría haberlo si la función asignada implicara una carga excesiva, desproporcionada, y contraria, por lo mismo, a la equidad y a la justicia.” (resaltado por fuera del texto original).

La jurisprudencia anteriormente transcrita, parece agotar el tema de la posibilidad de ejercicio no remunerado de funciones administrativas por parte de particulares. No obstante, parecería necesario agregar que si bien es cierto tales funciones pueden ser desarrolladas a título gratuito, ello no impide que las mismas puedan ser remuneradas. Queda librado a la facultad discrecional del legislador señalar cuándo establece una u otra condición.

19. El artículo 111 de la Ley 489 de 1998, en el aparte demandado prescribe que el convenio para atribuir funciones administrativas a particulares, tendrá un plazo de ejecución de cinco años prorrogables. El demandante encuentra que esta disposición contraría la Constitución que solamente autoriza el ejercicio transitorio de funciones administrativas por parte de los particulares, toda vez que el artículo 123 superior a la letra dice: “La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

Al respecto encuentra la Corte que mediante Sentencia C-702 de 1998, se declaró inexecutable la expresión “prorrogables” contenida en el referido numeral 2°, por lo cual respecto de la misma ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional que le impide pronunciarse nuevamente. Así, en la parte resolutive de la presente decisión se ordenará estarse a lo resuelto en el mencionado fallo.

En lo concerniente a la frase “cuyo plazo de ejecución será de cinco ( 5 ) años”, la cual subsiste en el ordenamiento jurídico con posterioridad a la mencionada Sentencia C-702 de 1999, la Corte debe precisar que una vez retirada del ordenamiento jurídico la expresión “prorrogables”, la norma señala actualmente como término legal de cualquier convenio de atribución de funciones a particulares el de cinco años; sin embargo, la recta interpretación de esta norma, según la naturaleza de las cosas y el principio hermenéutico del efecto útil de las disposiciones, lleva a concluir que este es un plazo máximo de duración del respectivo convenio, pues otra cosa haría imposible la celebración del mismo en aquellos casos en los cuales la naturaleza de la función implica su realización en un plazo menor.

20. Finalmente, el numeral 1° del artículo 111 referente a los requisitos y al procedimiento que ha de seguirse para conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, establece que para el efecto es necesaria la expedición de un acto administrativo que será sometido, en el caso de las entidades descentralizadas del nivel departamental o municipal,

a la aprobación del gobernador o del alcalde, según el caso.

A juicio de la Corte, la anterior prescripción desconoce las competencias constitucionales propias de las asambleas y los concejos municipales. En efecto, se recuerda que las mencionadas corporaciones públicas tienen un carácter administrativo, y a ellas corresponde reglamentar el ejercicio de las funciones de esta índole en el departamento o en el municipio, incluidas las del gobernador o el alcalde, conforme lo indican los artículos 299, 300 numeral 1°, 312 y 313 numeral 1° de la Carta. Si bien los gobernadores y los alcaldes son los jefes de la administración seccional en virtud de lo cual dirigen y coordinan la acción administrativa en su territorio, ello no puede significar el desplazamiento de las corporaciones administrativas del orden territorial de la competencia que constitucionalmente les es atribuida para la regulación del ejercicio de las funciones públicas, dentro del ámbito de la entidad territorial respectiva.

Por tal razón la expresión “de los gobernadores y de los alcaldes, según el orden al que pertenezca la entidad u organismo”, será retirada del ordenamiento. Esta situación origina un vacío legislativo que deberá ser llenado por el Congreso de la República, prescribiendo una regulación que tenga en cuenta las competencias propias de las corporaciones públicas territoriales, conforme a la Constitución.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor procurador general de la Nación y cumplidos los trámites previstos en el decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

## R E S U E L V E

Primero: Declarar EXEQUIBLE el artículo 110 de la Ley 489 de 1998, en los términos de la parte considerativa de la presente Sentencia, salvo las expresiones “disposición legal en contrario” contenida en el primer inciso y “si fuere el caso”, contenida en el último, las cuales se declaran INEXEQUIBLES.

Segundo: Declarar EXEQUIBLE el artículo 111 de la Ley 489 de 1998, salvo las expresiones “de los gobernadores y de los alcaldes, según el orden al que pertenezca la entidad u organismo”, contenida en el numeral primero, y la expresión “si fuere el caso”, contenida en el numeral 2° de la norma, las cuales se declaran INEXEQUIBLES. En cuanto al literal a) del numeral primero de este artículo, el mismo se declara EXEQUIBLE de conformidad con la consideración 7.5 de la parte motiva de la presente Sentencia.

Tercero: ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-702 de 1999, en relación con la expresión “prorrogables”, contenida en el numeral 2° del artículo 111 de la Ley 489 de 1998.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese al Gobierno Nacional, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Magistrado

FABIO MORÓN DÍAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria

Salvamento de voto a la Sentencia C-866/99

FUNCION ADMINISTRATIVA POR PARTICULARES-Debe precisarse materias que pueden ser objeto de delegación (Salvamento de voto)

No participamos de la filosofía general que inspira la ponencia, según la cual el legislador puede conferir atribuciones amplias a las autoridades administrativas para delegar funciones de esta estirpe en forma indiscriminada a los particulares, sin que aquél precise en forma concreta las materias que pueden ser objeto de delegación, pues mediante la utilización de este mecanismo se violan los preceptos de la Constitución, porque: a) Se deslegaliza una materia que es privativa del Congreso. b) No es admisible que siendo la excepción el traslado de competencias administrativas a particulares, se utilicen fórmulas jurídicas abiertas que pueden conducir a que aquélla se convierta en la regla general y la función administrativa se

asigne a dichos particulares, en mayor o menor grado, al capricho y al arbitrio de la administración. c) Según la sentencia, el fundamento para asignar funciones administrativas a los particulares, ya no sería la ley, sino la competencia ilimitada que ésta otorga a la propia administración para definir el tipo o la naturaleza de la función que se traslada a éstos; de éste modo, se subvierte el orden constitucional, porque la administración reemplaza al legislador en el ejercicio de una potestad que solamente a éste corresponde y se le otorga, además, una especie de cheque en blanco que ella puede llenar a su arbitrio y conveniencia.

Referencia: Expediente D-2369

Acción pública de inconstitucionalidad contra los arts. 110 y 111 de la ley 489 de 1998, "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del art. 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".

Con el respeto debido por la decisión mayoritaria, adoptada por la Sala Plena de la Corporación en el asunto de la referencia, procedemos a exponer las razones de nuestro salvamento de voto a dicha decisión, en los siguientes términos:

1. La demanda de inconstitucionalidad versó sobre algunos apartes normativos de los arts. 110 y 111 de la ley 489 de 1999, que regula lo relativo a las condiciones para el ejercicio de las funciones administrativas por particulares y a los requisitos y procedimientos que deben observarse en los actos administrativos y convenios que otorgan a éstos las referidas funciones.

2. La decisión mayoritaria resolvió declarar exequible el art. 110 salvo las expresiones "disposición legal en contrario", contenida en el primer inciso y "si fuere el caso", incorporada en el último inciso, que fueron declaradas inexecutable.

Igualmente la referida decisión condujo a: declarar exequible el art. 111, con excepción de las expresiones "de los gobernadores y de los alcaldes, según el orden a que pertenezca la autoridad o el organismo", contenida en el numeral primero y la expresión "si fuere el caso", contenida en el numeral segundo, que se juzgaron inexecutable, así como a disponer que debía estarse a lo resuelto en la sentencia C-702/99 en relación con la expresión "prorrogables" que aparece en el numeral segundo del referido artículo.

2. En la sentencia de la cual discrepamos parcialmente se expresa que, con fundamento en los arts. 123, 210 y 365 de la Constitución y bajo la concepción de la democracia participativa, es posible que los particulares puedan ejercer funciones administrativas en las condiciones y con las limitaciones que determine la ley.

"Como consecuencia de lo anterior, resulta claro que la atribución de funciones administrativas a particulares debe hacerse delimitando expresamente la función atribuida, acudiendo para ello a criterios materiales, especiales, temporales, circunstanciales, procedimentales o cualesquiera otros que resulten útiles para precisar el campo de los particulares, en forma tal que la atribución no llegue a devenir en una invasión o usurpación

de funciones no concedidas, a un vaciamiento del contenido de la competencia de la autoridad atribuyente o a la privatización indirecta del patrimonio público. Por ello resulta particularmente importante que las funciones que se encomendarán a los particulares sean específicamente determinadas, como perentoriamente lo prescribe el literal a) del artículo 111 acusado, el cual se aviene a la Carta si es interpretado conforme a las anteriores precisiones”.

3. No participamos de la filosofía general que inspira la ponencia, según la cual el legislador puede conferir atribuciones amplias a las autoridades administrativas para delegar funciones de esta estirpe en forma indiscriminada a los particulares, sin que aquél precise en forma concreta las materias que pueden ser objeto de delegación, pues mediante la utilización de este mecanismo se violan los preceptos de la Constitución, porque:

a) Se deslegaliza una materia que es privativa del Congreso, quien es el competente para determinar en cada evento o situación la función que se delega temporalmente, así como el sujeto que recibe la delegación, y no como se hace en las normas mencionadas en que de manera abierta se habilita a la administración para concretar las materias objeto del traslado de competencias en el acto administrativo y en el convenio respectivo.

b) No es admisible que siendo la excepción el traslado de competencias administrativas a particulares, se utilicen fórmulas jurídicas abiertas que pueden conducir a que aquélla se convierta en la regla general y la función administrativa se asigne a dichos particulares, en mayor o menor grado, al capricho y al arbitrio de la administración; por esta vía, puede incluso desaparecer la función administrativa a cargo del Estado, con la consecuente privatización de la administración.

c) Según la sentencia, el fundamento para asignar funciones administrativas a los particulares, ya no sería la ley, sino la competencia ilimitada que ésta otorga a la propia administración para definir el tipo o la naturaleza de la función que se traslada a éstos; de éste modo, se subvierte el orden constitucional, porque la administración reemplaza al legislador en el ejercicio de una potestad que solamente a éste corresponde y se le otorga, además, una especie de cheque en blanco que ella puede llenar a su arbitrio y conveniencia.

4. Con las precisiones anotadas compartimos la decisión mayoritaria en cuanto declaran la inexecutable de los apartes normativos antes referenciados, pero no estamos de acuerdo, por las razones antes expuestas, con la declaración de exequibilidad del literal a) del numeral 1º del art. 111, el cual a nuestro juicio es abiertamente inconstitucional.

En los anteriores términos dejamos expuestas las razones de nuestro salvamento parcial de voto.

Fecha ut supra,

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

1 M.P. dr. Jorge Arango Mejía

2 Sentencia C-166 de 1995, M.P. dr. Hernando Herrera Vergara.

3 Sentencia C-316 de 1995, M.P. dr. Antonio Barrera Carbonell

4 Senrencia C-020 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

5 Ley 489 de 1998, artículo 10, inciso 2°.

6 Real Academia Española, DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Madrid Ed., Espasa Calpe, 1992.

7 M.P. Dr. Jorge Arango Mejía