



Radicado No: 20221100017991

Fecha: 25-05-2022

Bogotá D.C.,
110

Señora

SANDRA PATRICIA AVELLANEDA AVENDAÑO
defensajuridica@avellanedaayasociados.com
C.C. No. 52.989.712 de Bogotá D.C;

Referencia: Concepto 110.029.2022
SIA-ATC. 012022000279
Temas: (i) Particulares que cumplen función pública (ii) Contratos de fiducia mercantil celebrados por entidades estatales.

Respetada señora Paola Jiménez:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento, mediante correo electrónico del lunes, 18 de abril de 2022, bajo radicado 20222330007792 y SIA-ATC. No. 012022000279, en el que hacen las siguientes consultas:

1. ¿Un particular que administra y/o gestiona recursos públicos es un particular con funciones públicas?
2. ¿Un patrimonio autónomo que administra y contrata con recursos públicos ejerce una función propia del estado?

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia; por lo tanto, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando: «Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, **sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal**, pues la atribución

constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución ...» (Negrilla fuera de texto).

Así mismo le informamos que, el Presidente de la República en uso de facultades constitucionales, mediante el Decreto-Legislativo 491 de 2020 «Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica», amplió el término para la resolución de las consultas presentadas por los ciudadanos, así:

«Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:

(...)

(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.

(...)»

Ahora bien, mediante Ley 2207 de 2022, se derogó el artículo en mención. Sin embargo en tratándose de una solicitud que fue recibida en vigencia del Decreto 491 de 2020, el término aplicable para dar respuesta corresponde a treinta y cinco (35) días.

Por lo tanto, con el fin de dar respuesta a su requerimiento, nos permitimos abordar el asunto presentado por usted, de manera general y abstracta, en los siguientes términos:

De la función pública ejercida por particulares

La Constitución Política indicó en su artículo 123 que:

«Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

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

Por su parte, la Corte Constitucional mediante sentencia C-593 de 1998, determinó:

«En sentido amplio la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

En un sentido restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que esta investido regularmente de una

función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento (C.P. art. 123).

(...)

En esta perspectiva la función pública se valora objetivamente, haciendo abstracción de quienes la ejercen o son investidos de ella, y considerando que por esta vía el sujeto que la ejerce participa o colabora en la realización de las funciones y cometidos del Estado.

Para efectos de dicha valoración, poco interesa que dichas funciones se ejerzan en forma temporal o permanente, porque las normas de la Constitución regulan ambos tipos de situaciones, como se deduce de la preceptiva de los artículos 123, 131, 210, 246 y 365 de la Constitución».

Ahora bien, en lo que respecta a los particulares que cumplen función pública en la misma jurisprudencia se decantó:

«Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.

Lo anterior es evidente, si se observa que el propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados. Por lo tanto, por ejemplo, en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública, su labor que es estrictamente material y no jurídica, se reduce a construir o reparar la obra pública que requiere el ente estatal para alcanzar los fines que le son propios. Lo mismo puede predicarse, por regla general, cuando se trata de la realización de otros objetos contractuales (suministro de bienes y servicios, compraventa de bienes muebles, etc.)»

En las circunstancias descritas, el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.»

A su turno la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 24 de agosto de 2010, proferida dentro del proceso número 31986 se pronunció en los siguientes términos:

«El particular que contrata con la administración pública se compromete a ejecutar una labor o una prestación conforme al objeto del contrato y en virtud de ese convenio, de conformidad con los Artículos 123-3 y 210-2 de la C. P., puede ejercer funciones públicas temporalmente o en forma permanente, siendo

la naturaleza de esa función la que permite determinar si puede por extensión asimilarse a un servidor público para efectos penales, ejemplo de tales eventualidades son las concesiones, la administración delegada o el manejo de bienes o recursos públicos.» (Subrayado por fuera del texto)

Ahora bien, para que pueda delegarse a un particular la función debe cumplir los postulados del artículo 110 de la Ley 489 de 1998, descritos así:

«Condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por particulares. Las personas naturales y jurídicas privadas podrán ejercer funciones administrativas, bajo las siguientes condiciones:

La regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderán 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 convenios.»

De la fiducia mercantil

La ley 80 de 1993 por la cual se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en su artículo 32 numeral 5, estipuló la potestad de que las entidades estatales pudieran constituir fiducia para la administración de recursos relacionados con la contratación, regulado de la siguiente forma:

«Encargos fiduciarios y fiducia pública.

Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta Ley.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de esta ley hayan sido suscritos por las entidades estatales, continuarán vigentes en los términos convenidos con las sociedades fiduciarias.

R)

La selección de las sociedades fiduciarias a contratar sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en esta ley. No obstante, los excedentes de tesorería de las entidades estatales se podrán invertir directamente en fondos comunes ordinarios administrados por sociedades fiduciarias, sin necesidad de acudir a un proceso de licitación pública.»

Ahora bien, en Sentencia C-086 de 1995 proferida por la Corte Constitucional, se estimó que:

«Para la Corte, las anteriores condiciones del referido contrato, y teniendo de presente la enunciación de los contratos estatales a que se refiere el artículo 32 de la citada ley -donde se incluyen los previstos en el derecho privado y los derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad-, obligan a concluir que el Estatuto General de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado "fiducia pública", el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, "en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley". Así, por ejemplo, al establecer la Ley 80 que el contrato de fiducia pública no comporta la transferencia de dominio ni la constitución de un patrimonio autónomo, entonces no le serán aplicables las normas correspondientes contenidas en el Código de Comercio, sin que ello signifique que se altera la naturaleza del contrato de fiducia mercantil. En otras palabras, esta Corporación encuentra que, en la actualidad, las entidades estatales podrán celebrar el contrato de fiducia pública en los términos del numeral 5o. del artículo 32, o el contrato de fiducia mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en las normas generales de contratación administrativa previstas en la citada Ley 80 de 1993.»

Así las cosas, la Corte Constitucional, indicó la capacidad que ostentan las entidades públicas para celebrar contratos de fiducia mercantil, para lo cual se dará aplicación a lo preceptuado en el Código de Comercio, y en consecuencia, se permitirá la conformación de patrimonios autónomo con transferencia de dominio; dicha facultad ha sido históricamente regulada por vía de excepción, en donde el legislador ha determinado cuales entidades públicas pueden configurarlo y en ejecución a explícitas actividades.

En concordancia, la misma corporación en sentencia C-438 de 2017, en donde examinaba la constitucionalidad del Decreto 691 de 2017, concluyó:

«De conformidad con lo anterior, para la Corte el artículo 1° del Decreto 691 de 2017 es constitucional, pues: (i) el Legislador extraordinario tiene la facultad de crear fondos especiales organizados como patrimonios autónomos; (ii) éstos se pueden regir por el derecho privado. Cuando su creación está sujeta a situaciones excepcionales se debe atender un criterio de temporalidad para que el mismo desaparezca cuando las condiciones que lo fundamentan también lo hagan; (ii) la inclusión de principios de la contratación pública y de la función administrativa dota de mayor protección a la disposición y ejecución de recursos públicos cuando se someten al derecho privado; y (iv) hace parte de la libre configuración del Legislador extraordinario determinar la forma de administración de estos fondos, lo cual puede incluir que sociedades fiduciarias públicas ejerzan esa labor». (Subrayado por fuera del texto)

De la misma manera mediante sentencia C-783 de 1999, el Alto Tribunal, examinó demanda de constitucionalidad en contra del artículo 2o. de la Ley 448 de 1998 mediante la cual se establece que la Fiduciaria «La Previsora» sea la encargada de administrar el Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales creado en dicha ley, frente a lo cual analizó:

«La función administrativa, mirada desde una perspectiva general y conceptual, presenta tres características principales: i.) configura una actividad por la cual se realiza un cometido típicamente estatal para satisfacer intereses generales; ii.) goza de los instrumentos jurídicos necesarios y específicos para su exteriorización y realización y; iii.) debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (C.P., art. 209).

En este orden de ideas, el manejo administrativo de los recursos públicos de propiedad de las entidades estatales para garantizar una estabilidad presupuestal, liquidez y capacidad de pago en lo que a sus compromisos financieros se refiere, cumple con un cometido estatal que satisface un interés general y cuenta con los medios jurídicos propios para su desarrollo, por lo que claramente constituye una función estatal de orden administrativo.

(...)

Es de destacar que las características de la función administrativa antes descritas se mantienen cuando el legislador, en ejercicio de su autonomía constitucional, afecta unos recursos públicos a un determinado fin, crea un fondo para su administración y encarga de ésta a una persona pública, como en el presente caso; es más, continúa desenvolviéndose bajo los mismos parámetros administrativos, la asignación que de esa administración realice el legislador aún en cabeza de una persona de naturaleza privada.

En este último supuesto, la habilitación que en ese sentido se haga para que particulares cumplan con una función de naturaleza administrativa, desarrolla los principios de lo que la doctrina y la jurisprudencia de esta Corporación ha llamado “descentralización por colaboración” (C.P., arts. 113 y 210), por medio de la cual se da plena vigencia al principio fundamental de participación ciudadana en el Estado social de derecho colombiano, en especial, en las decisiones que los afectan, así como en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (C.P., art. 2o.).»

Así las cosas, se colige que las entidades públicas que se celebren contratos de fiducia mercantil y que en ellas se constituyan patrimonios autónomos en cabeza de entidades públicas o incluso de particulares para la administración de recursos públicos, estos cumplirán una función pública.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, manifestándole además que la señora Auditora General de la República en cumplimiento de las disposiciones del Decreto-Legislativo 491 de 2020, expidió la Resolución Reglamentaria No. 005 del 31 de marzo de 2020 “Por la cual se modifica la Resolución Reglamentaria No. 004 de 2020 y se toman otras medidas por motivos de salubridad pública.”, autorizando en su artículo 4º, el uso de la firma escaneada por parte de los directivos de la entidad en los documentos dirigidos a los usuarios, y en el artículo 5º su comunicación y notificación a través de medios electrónicos.

El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 "Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

"...el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad 'ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución'**" (Negrilla fuera de texto)

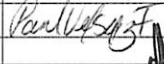

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Carrera 57 C Nro. 64-A-29 de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y pavelasquez@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 27cf6022, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Cordial saludo,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET
 Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Paula Andrea Velásquez Ferreira		23/05/2022
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		23/05/2022
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		23/05/2022

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.