



Bogotá D.C., 19 de Agosto de 2021
Concepto No. 2021-08-NE-159

Doctor
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado Ponente
Sección Quinta.
E. S. D.

RADICACIÓN: 20001-23-33-000-2020-00033-01
ACTOR: BALDOMERO ASCANIO ROSADO QUINTERO
DEMANDADO: MARY FLOR TEHERAN PUELLO,
CONTRALORA MUNICIPAL DE VALLEDUPAR
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD ELECTORAL

Dentro del término de traslado para alegar de conclusión, como Agente del Ministerio Público ante esa Sección, presento concepto en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El señor **BALDOMERO ASCANIO ROSADO QUINTERO** presentó demanda de nulidad electoral contra el acto que declaró la elección de **MARY FLOR TEHERAN PUELLO**, como Contralora Municipal de Valledupar, periodo 2020-2021.

1.1. Hechos.

Señala la parte actora en el escrito contentivo de la demanda, como hechos relevantes los siguientes:

1.1.1. Mediante Resolución 051 del 29 de noviembre de 2019, el Concejo Municipal de Valledupar, dio apertura a la convocatoria pública para la elección del Contralor Municipal, para el período 2020 - 2021, estableciendo en su artículo 9º como requisito de participación, entre otros, haber ejercido funciones públicas por un período no inferior a 2 años.



1.1.2. En sesión del 8 de enero de 2020, el Concejo Municipal de Valledupar procedió a la elección de la señora MARY FLOR TEHERÁN PUELLO, como Contralora Municipal, para el período 2020 – 2021.

1.1.3. Se esgrimió, que la accionada no contaba con los requisitos necesarios para ser elegida Contralora Municipal de Valledupar, toda vez que los contratos de prestación de servicios profesionales no tienen como objeto, ni le son propios el ejercicio de funciones públicas, pues responden a la lógica de una actividad privada, sin importar, si es ejercida mediante la celebración de contratos estatales o de derecho privado, tal como lo ha establecido el Consejo de Estado.

1.2. Fallo recurrido.

Mediante sentencia del 17 de junio del 2021, el Tribunal Administrativo del Cesar denegó las pretensiones de nulidad del acto de elección de la señora MARY FLOR TEHERAN PUELLO como contralora municipal de Valledupar, toda vez que, según la referida autoridad judicial, no se demostraron los cargos de “*expedición irregular*” e “*infracción de las normas en que debía fundarse el acto*”.

El problema jurídico para resolver por el *a quo* se contrajo a:

“(..) determinar, si es nulo o no, el acto administrativo contenido en el Acta de Sesión Ordinaria No. 007 del 8 de enero de 2020, por medio del cual, el Concejo del Municipio de Valledupar eligió a la doctora MARY FLOR TEHERÁN PUELLO, como contralora de este municipio, para el período 2020 – 2021.”.

En cuanto al caso concreto, el Tribunal *a quo*, luego de esbozar los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales, en lo relacionado con la falta de competencia de la corporación administrativa para regular el tema de los requisitos para ser contralor municipal, señaló que la norma contenida en el numeral 5º del artículo 9º de la Resolución 051 del 21 de noviembre de 2019, que da apertura a la convocatoria pública, estaba en armonía con el ordenamiento jurídico.



En efecto, expuso que toda vez que los cambios normativos, concretamente, el Acto Legislativo 04 de 2019, que fue proferido con anterioridad a la precitada resolución, contempla, como requisito para ser contralor, “las demás calidades que establezca la ley”, encontrándose, vigente la Ley 42 de 1993, que establece que para ser elegido contralor de una entidad territorial se requiere además de las calidades establecidas en el artículo 272 de la Constitución “haber ejercido funciones públicas por un período no inferior a 2 años”.

En este sentido, reitera lo expuesto por el Agente del Ministerio Público, esto es, que la precitada norma se encontraba vigente, por no haber sido derogada por una ley nueva ni declarada inexecutable por la Corte Constitucional; además, tampoco podía entenderse derogada tácitamente, por cuanto, no riñen ambas disposiciones sino que se complementan, al tenor de lo establecido en el artículo 71 del Código Civil.

Así las cosas, señala el Tribunal *a quo* que la corporación administrativa se encontraba amparada legalmente para exigir como requisito para ser contralor municipal, el ejercicio de funciones públicas por un período no inferior a 2 años, máxime que los aspirantes presentaron su documentación dando cumplimiento al acto administrativo de convocatoria, encontrándose demostrado que la demandada suscribió el documento denominado “manifestaciones especiales” resaltando que había leído cuidadosamente la resolución de convocatoria y tenía claro los requisitos exigidos para la admisión. De igual manera, dejó constancia que aceptaba sin salvedades las bases del concurso.

Aclarado lo anterior, en su sentir se debía establecer, si la demandada contaba o no con el requisito de haber ejercido funciones públicas por un período no inferior a 2 años, exigido por la Ley 42 de 1993 y el Concejo Municipal de Valledupar, atendiendo que las constancias o certificaciones aportadas en tal sentido, denotan en su gran mayoría la suscripción de contratos de prestación de servicios profesionales.

En un primer momento, señala el Tribunal que coinciden todas las partes, en sostener que en determinados eventos y bajo condiciones que señale la ley, los



particulares ejercen funciones públicas, como efectivamente lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia nacional, en consecuencia, expone que para establecer dicha circunstancia, se debe identificar el contenido de la tarea encomendada y su ejecución.

Pues bien, luego de efectuar el análisis de las pruebas allegadas al expediente, en aras de establecer si se acreditó o no, por parte de la accionada, el ejercicio de función pública por el periodo de 2 años, esgrime que el requisito estudiado, como se ha indicado, reiteradamente, se traduce en el ejercicio de función pública más no en haber desempeñado un empleo público, que tienen connotaciones distintas.

Por otro lado, expone, además el Tribunal que no desconoce que el artículo 113 de la Ley 909 de 2004 señala que conforman la función pública quienes prestan servicios personales remunerados con vinculación legal y reglamentaria en cualquiera de los órganos y entidades de la administración pública y además que hacen parte de la función pública los empleos de carrera, de libre nombramiento y remoción, de periodo y los temporales.

No obstante, señala que la regla general es que los contratos de prestación de servicios profesionales, no trasladan al contratista el desarrollo por sí mismo de una función pública, sin embargo, en su entender, no era posible pasar por alto, que excepcionalmente, podían constituir una forma autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular, como lo que ocurre cuando la labor del contratista no consiste simplemente en la ejecución material de una labor o prestaciones específicas sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público.

Por lo anterior, señala el Tribunal que resultaba absolutamente necesario identificar el contenido de la tarea encomendada y su ejercicio, en aras de establecer el ejercicio excepcional de función pública en cabeza de la accionada en su condición de contratista, pues no era jurídicamente viable descartar de tajo tal vinculación, como lo hizo el Agente del Ministerio Público, bajo el argumento que los contratistas no están subsumidos en el contexto de la función pública, ni son, por tanto,



servidores públicos, y por ende, no desarrollan función pública, sin siquiera analizar la función ejercida por la accionada.

En ese sentido, le llamó poderosamente la atención la certificación expedida por la ESE de la Divina Misericordia de Magangué, Bolívar, donde se advertía la existencia de diversos contratos de prestación de servicios profesionales por espacio de más de 2 años, desarrollando, actividades propias de la entidad para alcanzar sus metas como fines y objetivos, en ausencia de personal de planta.

Posteriormente, luego de transcribir las obligaciones contractuales, destacó la consistente en la elaboración de estudios jurídicos, dar visto bueno a los actos administrativos emitidos por la gerencia, proyección de actos administrativos y revisión de evaluaciones en los procesos contractuales, los cuales, en su entender, le corresponde, indistintamente, a un Jefe de Oficina Jurídica de cualquier entidad, empero que desarrolló la accionada, a través de la modalidad de contrato de prestación de servicios, en ausencia de personal de planta, como lo certifica la entidad estatal.

En apoyo de lo anterior, en sentir de la sala del Tribunal, era posible predicar, en este asunto, de forma excepcional, el cumplimiento de función pública por parte de la demandada, a través de la suscripción de diversos contratos de prestación de servicios con empresas sociales del Estado, como es el caso puntual de la ESE Divina Misericordia de Magangué, Bolívar, por espacio de más de 2 años.

En suma, para el fallador *a quo* la señora **TEHERAN PUELLO**, cumplió con el requisito de haber ejercido funciones públicas por un período no inferior a 2 años exigido por la Ley 42 de 1993 y el Concejo Municipal de Valledupar, para ser contralora municipal de esa misma municipalidad.

1.3. Recurso de apelación.

Dentro del término oportuno, conforme a lo señalado en auto del 28 de julio de 2021, contra la sentencia de primer grado, el apoderado del actor impetró la alzada, sustentándola en el respectivo memorial ante el Tribunal Administrativo del Cesar. Los motivos de reproche se pueden sintetizar así:



Acoge el *a quo*, según el recurrente, una excepcionalidad para negar las pretensiones del demandante, al considerar las actividades desempeñadas por la demandada en la ejecución de los contratos de prestación de servicios, como constitutivas de función pública.

Expone, que no puede ser de recibo el superficial análisis del Tribunal del Cesar, por dos puntos muy concretos, incluso que son expuestos en la providencia impugnada convirtiéndola, además, en un pronunciamiento contradictorio.

El primer punto, es la excepcionalidad en el cumplimiento de funciones públicas. No basta, como lo indica el Tribunal Administrativo, asumir que la vinculación de una persona mediante contrato de prestación de servicios en ausencia de funcionarios de planta, conceda inmediatamente el carácter de función pública a sus actividades; esto porque, naturalmente, toda contratación de prestación de servicios obedece a la ausencia de funcionarios que ejerzan actividades que obligan a esa contratación.

Es por ello, que previa contratación por prestación de servicios, es obligatorio por parte de la entidad certificar que no existe personal de planta que cumpla con determinadas actividades, como lo ha dejado sentado el Honorable Consejo de Estado¹.

Ante la aseveración del Tribunal, que por regla general los contratos de prestación de servicios profesionales, no trasladan al contratista el desarrollo *per se* de una función pública, sin embargo, excepcionalmente pueden constituir una forma autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular, esgrime el recurrente que las actividades desplegadas por la demandada no encuentran relación alguna o no pueden aceptarse como función pública.

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, rad. 11001-03-06-000-2005-01693-00 (1693), sentencia del 23 de noviembre de 2005.



De manera que, como lo señalan las certificaciones aportadas en el expediente, las actividades acreditadas de ninguna manera son propias de los cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas atinentes al poder público.

En este sentido, señala que el H. Consejo de Estado en abundantes pronunciamientos, ha considerado que función pública es toda actividad que ejerce el Estado por medio de sus agentes, siendo estos los servidores públicos, y en otros eventos, los particulares pueden ejercer funciones públicas; pero esta no es de cualquier manera, debe ser expresamente delegada o por concesión.

Por ello, en su entender, no se puede considerar que cualquier actividad desplegada por un particular incluso mediante contrato suscrito con una entidad del Estado pueda considerarse como Función Pública. Para esto, esas actividades deben ser catalogadas inequívocamente como tal.

Señala que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia², ha considerado que 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.

En virtud de lo anterior, según el recurrente, procede el cuestionamiento, si entre las actividades certificadas en virtud de los contratos de prestación de servicios de la demandada, les son propios la concesión, administración delegada o el manejo de bienes o recursos públicos que le permitiese al Tribunal concluir que la demandada cumplió con el requisito de ejercer función pública por el término no inferior a 2 años.

² Sentencia del 24 de agosto de 2010, dictada dentro del Proceso No. 31986, MP: María del Rosario González de Lemos.



Los contratistas, expone, 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 contrario sería, esgrime, cuando por virtud del contrato, el particular adquiere el carácter de concesionario, administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, actividades estas que necesariamente llevan el traslado de la función pública y, por lo mismo, el particular adquiere, transitoria o permanentemente, según el caso, la calidad de servidor público.

Continúa señalando que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-037 del 2003, hizo una clara exposición de aquellas circunstancias excepcionales en que un particular, ejecutando contrato con entidad del Estado, ejerce Funciones Públicas, al señalar que para establecer si el particular ejerce funciones públicas, es necesario verificar la naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por aquel, en cuanto, las funciones públicas se manifiestan como la exteriorización de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo la expedición de actos unilaterales, que deciden situaciones que afectan a terceros o la imposición coercitiva de una decisión a un tercero.

En cuanto a las funciones públicas de la rama ejecutiva, señala la existencia de limitaciones constitucionales y legales con respecto a su ejercicio por particulares, las cuales fueron establecidas de manera expresa en la sentencia C-866 de 1999³, así:

- a) Que se trate de funciones administrativas.
- b) Que no se trate de funciones que la Constitución otorga de forma exclusiva y excluyente a ciertas autoridades, como las funciones que ejerce la fuerza pública artículo 216 C.P.

³ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.



- c) El control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponde, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función administrativa que se atribuye al particular.
- d) La función administrativa debe ser atribuida a los particulares por el titular de dicha función dentro de su competencia, en caso contrario se requiere la existencia de norma constitucional o legal, expresa, directa y concisa al respecto; distinta de la norma 489 de 1998 que regula en forma general las condiciones del otorgamiento de la función administrativa a particulares. Ejemplo: la norma que otorga a los notarios el ejercicio de la función fedante o la disposición que atribuye llevar a las cámaras de comercio el registro mercantil, Art. 6 C.P.
- e) Se prohíbe que la función administrativa conferida al particular reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias.

Así mismo, señala el recurrente, que no se puede pasar por alto, el hecho que para que una función administrativa desplegada por particulares constituya Función Pública, deben presentarse requisitos, como los taxativamente consignados en el artículo 111 de la Ley 489 de 1998, a saber:

Las entidades o autoridades administrativas, pueden conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares bajo las siguientes condiciones.

- a) Expedición de un acto administrativo, un decreto ejecutivo cuando se trate de ministerios o departamentos administrativos, o un acto de la junta o consejo directivo, en el caso de las entidades descentralizadas. El escrito del acto administrativo debe determinar los siguientes puntos: • Las funciones encomendadas • Las condiciones bajo las cuales serán ejercitadas las funciones. Forma de remuneración, si fuere el caso. • Duración del encargo y las garantías que deben prestar los particulares para asegurar el cumplimiento de los principios que gobiernan el ejercicio de las funciones administrativas.



- b) Someter dicho acto administrativo a la aprobación del presidente de la república, o por su delegación a los ministros o directores de departamento administrativo.
- c) Celebrar un convenio, con un plazo máximo de ejecución de 5 años. Para cuya celebración la entidad o autoridad deberá:
 - Elaborar un pliego o términos de referencia, con fundamento en el acto administrativo expedido y formular convocatoria pública para el efecto, observando los principios de la Ley 80 de 1993 en cuanto a la contratación por parte de entidades estatales.
 - Pactar las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias una vez seleccionado el particular al cual se le conferirá el ejercicio de funciones administrativas.

En síntesis concluye el recurrente:

“De lo anterior se colige señores Magistrados que el otorgamiento de funciones públicas a un particular tiene unos límites y condiciones, no se trata de un evento ligero y sin reglamentación, dicha facultad debe estar plenamente concedida por la ley y respetar los límites que esta impone, de igual forma si se quiere justificar el ejercicio de funciones públicas simulando desempeño de funciones administrativas, por cuanto estas últimas son regladas y deben respetar procedimientos contemplados en la norma citada en precedencia”

II. CONSIDERACIONES DE LA PROCURADURÍA SÉPTIMA DELEGADA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO

2.1. Problema Jurídico.

Corresponde a la Sección Quinta del Consejo de Estado, determinar, si confirma o revoca la sentencia de 17 de junio de 2021, expedida por el Tribunal Administrativo del Cesar, que denegó las pretensiones de nulidad del acto de elección de la señora **MARY FLOR TEHERAN PUELLO**, como contralora municipal de Valledupar, periodo 2020-2021, contenido en el Acta de Sesión Ordinaria 007 del 8 de enero de 2020.

Para resolver el asunto, este Ministerio Público, bajo el entendido que la apelación cuestiona, exclusivamente, las conclusiones a las que arriba el *a quo*, sobre la



atribución de actividades contractuales desarrolladas por la demandante, como constitutivas de función pública, efectuará, un análisis general del ejercicio de funciones públicas por particulares expuesta por la jurisprudencia constitucional y contenciosa.

2.2. Ejercicio de funciones públicas por particulares.

2.2.1. Reseña legal y jurisprudencial.

El artículo 123 de la Carta, dispone en su inciso 3º que la *“ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”* y, por su parte, el artículo 210 inciso segundo, reitera el anterior canon, al preceptuar que *“Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”*.

Así las cosas, la Ley 489 de 1998,⁴ señaló en su artículo 110 las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas, al preceptuar que 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 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.

⁴ *“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”*



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”.

Así mismo, se trae a colación el artículo 111 ibídem sobre requisitos y procedimientos de los actos administrativos y convenios para conferir funciones administrativas a particulares, el cual, dispone que 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. <Aparte tachado INEXEQUIBLE⁵> 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 a que pertenezca la entidad u organismo, mediante el cual determine:~~

- a) <Literal CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Las funciones específicas que encomendará a los particulares;*
- b) Las calidades y requisitos que deben reunir las entidades o personas privadas;*
- c) Las condiciones del ejercicio de las funciones;*
- d) La forma de remuneración, si fuera el caso;*

⁵ Sentencia C-866 de 1999.



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

2. <Apartes tachados declarados INEXEQUIBLES> 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:

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

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

En este orden de ideas, la Corte Constitucional, al adentrarse al estudio de las precitadas normas, en la sentencia C-866 de 1999, señaló, sobre el tema que nos concita:

- I. En las funciones propiamente administrativas es donde cabe la posible atribución de ellas a particulares, y no en otras de contenido político o gubernamental, como tampoco en las de contenido materialmente legislativo o jurisdiccional que ocasionalmente ejercen las autoridades administrativas.
- II. No todas las funciones administrativas asignadas por la Constitución a la Rama Ejecutiva pueden ser transferidas a los particulares, pues de la Carta se deducen otras limitaciones.
- III. 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. Por ejemplo, las funciones que ejerce la Fuerza Pública (Art. 216).



- IV. No sólo la Constitución puede restringir la atribución de ciertas funciones administrativas a los particulares, sino que también la ley puede hacerlo.
- V. Las autoridades administrativas solamente pueden atribuir a los particulares las funciones que son de su competencia.
- VI. 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.
- VII. 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.
- VIII. 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.
- IX. 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.

Ahora bien, en la sentencia C-563 de 1998, desde una óptica referida, exclusivamente, a la responsabilidad civil y penal de los contratistas, habida cuenta



que se debatía la constitucionalidad de los artículos 51,52, 53 y 56 de la Ley 80 de 1993; 18,19 y 20 de la Ley 190 de 1995, expuso la Corte que 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.

En efecto, esgrimió el alto Tribunal que, si bien por el contrato reciben los contratistas 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.

En las circunstancias descritas, señaló la Corte, 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.

Sin embargo, advierte 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.

En consecuencia, concluye que cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador.

Por otra parte, en la sentencia C-037 de 2003⁶ en donde se debatía la constitucionalidad de varios artículos de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), en especial, sobre la responsabilidad de los particulares que cumplen funciones públicas al ser destinatarios de la precitada ley, expuso que las funciones

⁶ Mp. Álvaro Tafur Galvis.



públicas, corresponde ejercer a los servidores públicos y solo de manera excepcional puede ser encargado su ejercicio a particulares; esto es, solamente en el caso de que dicha prestación haga necesario el ejercicio de determinadas potestades inherentes al Estado, que hayan sido determinadas en forma expresa por el legislador, al particular encargado de la misma.

Asimismo, reitera que en este supuesto, necesariamente la posibilidad de que el particular pueda hacer uso de dichas potestades inherentes al Estado, debe estar respaldada en una habilitación expresa de la ley.

Sobre el tema, la justicia contenciosa⁷ ha expuesto que la función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares.

De esta manera, se señala que la función pública significa una actividad de Estado que no puede jamás concebirse como análoga a la de un particular, aun cuando se tratara de una empresa; por manera que no resulta acertado deducir que toda prestación de un servicio público comporta el ejercicio de función pública, aunque, en ocasiones, bien puede existir coincidencia entre el ejercicio de esta y la prestación de aquél.

2.2.2. Supuestos que permiten encauzar atribución de funciones administrativas a particulares, según la Constitución y la Jurisprudencia.

Constitucionalmente, y de conformidad con la sentencia C-543 de 2001,⁸ es posible encauzar la atribución de funciones administrativas a particulares, a través de los siguientes supuestos:

a) Atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización privada: el legislador se encarga de fijar las condiciones del ejercicio de la función, el patrimonio, la necesidad de la celebración de contratos; así, como todas las

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, CP: María Elena Giraldo Gómez, Radicación número: ACU-1016, sentencia del 18 de noviembre de 1999.

⁸ M.P. Álvaro Tafur Galvis.



circunstancias de modo tiempo, lugar y objeto directamente relacionadas con dicho ejercicio, los mecanismos de control, y demás circunstancias relevantes. Un ejemplo de lo anterior son los recursos confiados a la Federación Nacional de Cafeteros.

b) Atribución mediante convenio, precedido de acto administrativo por las entidades o autoridades públicas titulares de la función administrativa. (Ley 489 de 1998 artículos 110 a 114) se señala como termino máximo de duración del convenio el de cinco años.

c) Constitución de entidades donde concurren las entidades estatales y los particulares; como son las asociaciones y fundaciones de participación mixta. En este caso, como se ha señalado jurisprudencialmente, el hecho de que se otorguen al particular funciones administrativas, no lo convierte por ese solo hecho en servidor público,⁹ al contrario, sigue conservando su carácter privado; lo que sucede es que las funciones administrativas están sometidas a un riguroso control por parte de las correspondientes autoridades.

2.2.3. Reseña de particulares que ejercen de forma permanente la función administrativa.

Los notarios: ejercen una función pública, como la de dar fe pública y elaborar el registro civil de las personas. Su régimen jurídico se encuentra en la Constitución y en el Decreto 960 de 1970 reglamentado por el decreto 2148 de 1983.

Las cámaras de comercio: son entidades de naturaleza corporativa, gremial y privada, la ley les atribuyó las funciones públicas, de llevar el registro mercantil y certificar los actos y documentos en él inscritos, recopilar las costumbres

⁹ En la sentencia C-1142 de 2000 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo expreso que dentro de los nuevos esquemas del Estado, cada vez es más frecuente que los particulares entren a desarrollar muchas de las tareas que a aquél pertenecen, sin que ello cambie la naturaleza de la entidad particular que las realiza, ni sus empleados adquieran la calidad de servidores públicos. Es un concepto material y no formal ni subjetivo de la actividad que desarrollan, lo cual implica que se la considere y evalúe por su naturaleza propia y por su contenido.



mercantiles y certificar sobre su existencia, y servir de tribunal de arbitramento; al atribuírseles tales funciones, la ley está regulando su ejercicio. (Art. 78 del Código de Comercio).

Los curadores urbanos: son particulares encargados de estudiar, tramitar y expedir licencias de parcelación, urbanismo, construcción o demolición, y para el loteo o subdivisión de predios del interesado en adelantar proyectos relacionados con tales actividades (todo lo cual implica el ejercicio de una función pública); y además hacen parte de los consejos consultivos de ordenamiento en los municipios y distritos en donde existan. (Ley 810 de 2003 por medio de la cual se modifica la Ley 388 de 1997, art. 101).

2.3. Caso concreto.

Descendiendo al caso objeto de análisis, este Ministerio Público, se referirá a los argumentos de la apelación, que pueden sintetizarse en que el Tribunal *a quo* esboza una excepcionalidad para denegar las pretensiones, al considerar que las actividades desempeñadas por la accionada en la ejecución de contratos de prestación de servicios profesionales, son constitutivas de funciones públicas, cumpliendo así, con el requisito de haber ejercido funciones de esa misma naturaleza por un período no inferior a 2 años, tal como lo exige la Ley 42 de 1993 y el Concejo Municipal de Valledupar, para ser contralora de esa misma municipalidad.

A primera vista, para este Ministerio Público, la sentencia recurrida debe ser revocada, como quiera que el yerro conceptual del Tribunal *a quo*, deviene evidente, dado que normativa y jurisprudencialmente, como se expuso con anterioridad, la función pública, es toda actividad ejercida por un órgano Estatal para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares.

Luego, en absoluto, esta agencia se aparta de las conclusiones a las que llega el Tribunal, como quiera, que pese a que acepta que por regla general los contratos de prestación de servicios profesionales no trasladan al contratista el desarrollo de una función pública, y que excepcionalmente pueden constituir una forma



autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular, esboza a renglón seguido, que resultaba necesario identificar el contenido de la tarea encomendada y su ejercicio, en aras de establecer el ejercicio excepcional de función pública en cabeza de la accionada en su condición de contratista.

En efecto, si bien, señala que la excepcionalidad se supedita a la autorización legal, seguidamente, y sin cotejar la existencia de la habilitación legal, esgrime la posibilidad de analizar la función ejercida por la accionada, cuando, es evidente que ese análisis, surge, solamente, en los eventos en que se ha identificado una norma superior que faculte el ejercicio de funciones públicas por parte de privados.

Por todo lo anterior, es incuestionable, que al Agente del Ministerio público delegado ante ese Tribunal, le asistía razón al conceptuar que por sí mismo considerados, los contratistas no estaban subsumidos en el contexto de la función pública, no eran servidores públicos, y por ende, no desarrollaban la precitada función.

Adicionalmente, acertadamente, había expuesto dicho Agente que los contratos no trasladan al contratista el desarrollo de una función pública, pues, se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesen a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones, dado que para que ello pudiese suceder, se precisaba de una autorización constitucional o legal, que para la prestación del servicio de asesoría, no se conocía en nuestro ordenamiento.

Ciertamente, como se expuso con anterioridad, de la normatividad actual, en especial de los artículos 123 inciso 3º y 210 inciso 2 de la Constitución y los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998 y la jurisprudencia que sobre estas precisas normas se han expedido, en especial la C-866 de 1999 y, además, en atención a una consolidado jurisprudencia constitucional y contenciosa, como las previamente referenciadas en el apartado 2.2 de este concepto, para establecer si un particular ejerce funciones públicas, es necesario, verificar si existe una habilitación expresa de la Ley.

Luego, en criterio de esta agencia, sólo frente a tal habilitación, y solamente para los efectos de la responsabilidad civil y penal, es que se debe contrastar la



naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por el particular, en cuanto las funciones públicas se manifiestan como la exteriorización de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo la expedición de actos unilaterales, que deciden situaciones que afectan a terceros o la imposición coercitiva de una decisión a un tercero.

En este contexto, es importante, transcribir los siguientes apartes de la sentencia C037 de 2003¹⁰ antes mencionada, en donde, se corrobora, con total precisión, que el ejercicio de funciones públicas debe estar precedida de una habilitación de orden constitucional o legal.

“Teniendo en cuenta las precisiones anteriores, es pertinente afirmar que es solamente en relación con el ejercicio de funciones públicas por particulares en aquellos casos que establezca y autorice la Constitución y la ley que se predica el grado especial de responsabilidad a que se ha hecho referencia, circunstancia que como se verá más adelante, es necesario tener en cuenta para el cabal análisis de las disposiciones acusadas en el presente proceso”.

Así las cosas, en criterio de esta Agencia, no podía el Tribunal *a quo*, entrar al análisis de la certificación expedida por la ESE de la Divina Misericordia de Magangué, Bolívar, en donde se advertía la existencia de diversos contratos de prestación de servicios profesionales suscritos por la accionada, desarrollando actividades propias del Estado, según su entender, como quiera que no exhibe la norma superior que estableciera o fundamentara su aserto.

Con todo, debe precisarse, tal precepto es inexistente, dado que si lo hubiere, todos los particulares que suscriben con el Estado contratos de prestación de servicios, previa aplicación del criterio material o sustancial, que esboza el fallador de primera instancia, en relación con las actividades realizadas, cumplirían funciones públicas.

Así las cosas, para el caso que nos concita, no es el Juez, el que determina quien ejerce funciones públicas, bajo la aplicación de criterios de interpretación; sino que fue el mismo constituyente, quien señaló en los artículos 123 inciso 3º y 210 inciso

¹⁰ MP. Alvaro Tafur Galvis.



2º, que es la ley la que debe determinar el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas.

En esta línea argumentativa, se debe precisar, como se ha dicho, que la ley actualmente vigente, vale decir, la 489 de 1998,¹¹ en términos generales, señaló en su artículo 110, cuáles eran las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas, al preceptuar que las personas (naturales y jurídicas privadas) podrán ejercer funciones administrativas, bajo unas condiciones, destacándose, que la atribución de las funciones administrativas deberá estar precedida de acto administrativo y acompañada de convenio, lo que no acontece en el *sub judice*.

Asimismo, el artículo 111 *ibídem*, dispone que las entidades o autoridades administrativas podrán conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, bajo las condiciones de que trata el artículo 110, cumpliendo los requisitos y observando un procedimiento, en donde, se enfatiza la expedición de un acto administrativo sometido a la aprobación del Presidente de la República, o por delegación del mismo, de los ministros o directores de los Departamentos Administrativos, y 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, hipótesis normativas que distan mucho de lo acontecido en este asunto.

Pero además, la postura del Tribunal *a quo*, pese a que manifiesta no desconocer la Ley 909 de 2004, hace una interpretación de la que esta agencia se aparta.

Sobre este aspecto, se precisa que el disenso no surge por lo equivocado de la referencia normativa, como quiera que el artículo 113 es inexistente, dado que la Ley 909 de 2004, solamente presenta 58 artículos; sino porque, entendiendo que hace referencia al artículo 1º de la mencionada ley, a renglón seguido, esboza su tesis que desafía no solo esta norma sino los artículos 123 y 210 constitucionales, los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998 y la jurisprudencia constitucional y

¹¹ "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones."



contenciosa antes mencionadas, que se repite, al unísono, han denotado que no existe asunción de funciones administrativas por particulares sin ley previa.

En efecto, el artículo 1º de la Ley 909 de 2004, al establecer el objeto de la ley, que no es otro que regular el sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública, expresa en el segundo inciso que quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública.

Ahora bien, el anterior reproche, se centra, no solo en que la exegesis del Tribunal desafía el contenido del precitado artículo, sino que no logra explicar, razonadamente, su postura del porqué resultaba necesario identificar el contenido de la tarea encomendada y su ejercicio, en aras de establecer el ejercicio excepcional de función pública en cabeza de la accionada en su condición de contratista particular, cuando, lo cierto, se reitera, la constitución, la ley y la jurisprudencia especializada sobre la materia, han considerado que el ejercicio de funciones administrativas por parte de particulares debe estar precedido de una habilitación de orden legal.

En este sentido, nótese, como el Tribunal, no sustenta, su particular tesis, en ningún precedente jurisprudencial concreto, salvo la sentencia de la Corte Constitucional C-563 de 1998, previamente referenciada.

Ahora bien, en relación con la precitada providencia, como se ha dicho, analiza la responsabilidad civil y penal de los contratistas, exponiendo la Corte que 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, no obstante el Tribunal Administrativo del Cesar, resalta y subraya, el siguiente apartado, que sin lugar a dudas coadyuva su tesis:



“Sin embargo, 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.

En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador. (..). (Subrayas fuera de texto).

Nótese que la precitada sentencia, analiza la responsabilidad civil y penal de los contratistas, consultores, interventores y asesores. En efecto, en la precitada providencia, se debatía sobre la constitucionalidad de los artículos 52¹², 53¹³ y 56¹⁴

¹² "Artículo 52. De la responsabilidad de los contratistas. **Los contratistas responderán civil y penalmente** por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley". "Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 70. de esta ley.

¹³ "Artículo 53. De la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores. **Los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente** tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos y omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría".

¹⁴ "Artículo 56. **De la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal. Para efectos penales,** el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos".



de la Ley 80 de 1993; 18¹⁵, 19¹⁶ y 20¹⁷ de la Ley 190 de 1995, que se refieren, exclusivamente, a las eventuales consecuencias civiles y penales que se derivan de la actividad de los contratistas, consultores, interventores y asesores, por ello, en el texto del articulado en cita, y a lo largo del contenido del la proveído, se hace referencia, precisamente, a “los efectos penales”, por ejemplo:

*“Algo más: es conveniente precisar y reiterar que el artículo demandado **asimila la conducta del particular a la de un servidor público sólo para efectos penales**; otro tipo de responsabilidad derivada de la actuación oficial, como la disciplinaria, se continúa predicando con exclusividad de los funcionarios, que tienen con el Estado una relación legal y reglamentaria”.*

(...)

*“En síntesis, **el segmento acusado condiciona la asimilación del particular a servidor público, para efectos penales**, al hecho de que aquél asuma realmente el ejercicio de una función pública, lo cual constituye un desarrollo legal que se ajusta al espíritu de las normas constitucionales y se apoya en una realidad objetiva”.*

*“Bastaría para declarar exequible la norma acusada que la Corte se remitiera a las consideraciones, prolijamente expuestas, **en relación con la validez constitucional de la asimilación a servidores públicos, para fines penales**, de los particulares que cumplen funciones públicas”.*

¹⁵ Artículo 18. Modifícase el artículo 63 del Código Penal, así: “Artículo 63. Servidores públicos. **Para todos los efectos de la ley penal**, son servidores públicos los miembros de las Corporaciones Públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”. **Para los mismos efectos** se considerarán servidores públicos, los miembros de la Fuerza Pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política”. “Parágrafo. La expresión ‘empleado oficial’ se sustituye por la expresión ‘servidor público’, siempre que aquella sea utilizada en el Código Penal o en el Código de Procedimiento Penal”

¹⁶ “Artículo 19. El artículo 133 del **Código Penal** quedará así: “Artículo 133. **Peculado por apropiación**. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años”. “Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad”.

¹⁷ Artículo 20. El artículo 138 del **Código Penal** quedará así: “Artículo 138. **Peculado por extensión**. También incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores, el particular que realice cualesquiera de las conductas en ellos descritas sobre bienes: “1. Que administre o tenga bajo su custodia pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte o recibidos a cualquier título de éste”. “2. Que recaude, administre o tenga bajo su custodia pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales”.



De lo anterior se tiene que expresamente, la Corte advierte que si bien el contrato excepcionalmente puede constituir una forma de atribuir funciones públicas a un particular, literalmente incluye la expresión condicional “autorizada por la ley”.

Ahora bien, debe precisarse, como quiera que es el sustentáculo de la postura del fallador de instancia, que en efecto, el alto Tribunal constitucional, ha advertido, basado en la constitución, que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular, como cuando la labor no se traduce ni se agota con la simple ejecución material de la misma, 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, administrador delegado, se le encomienda la prestación de un servicio público, el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.

No obstante, este criterio material, que atiende a la función pública encomendada y al interés también público que a ella es inherente, la Corte, exclusivamente, lo remite al ámbito de la responsabilidad civil y penal, como quiera, que se reitera, el pronunciamiento, se realiza respecto de normas que consagran la responsabilidad de los contratistas, pauta, que no puede, extenderse o extrapolarse, a los demás ámbitos, como quiera que se corre el riesgo de contrariar normas expresas de orden constitucional y legal. Nótese:

“La Corte ha señalado los eventos en que es posible la asignación de funciones públicas, precisando que el ejercicio de éstas no puede estar al margen de los controles públicos, ni supeditado a consideraciones subjetivas, pues su valoración no atiende a la condición de quien la ejerce, sino a su materialidad. Así anotó:

“Así lo contemplan, entre otras normas, los artículos 2, 116, 123, 131, 221 (1º del Acto Legislativo No. 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318, 340 (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-015 del 23 de enero de 1996) y 365 de la Constitución, que autorizan el ejercicio de funciones públicas por personas particulares, en ciertas situaciones y previos determinados requisitos que la propia Carta o las leyes establecen, o que les permiten participar en actividades de gestión de esa misma índole”



“Desde luego, tal ejercicio de funciones públicas no puede estar despojado de los necesarios controles ni hallarse exento de las responsabilidades que en sí mismo implica”.

“En los señalados eventos, **el fundamento de la responsabilidad del particular es material ... ya que ni una ni otra atienden al estado o condición de quien actúa sino a la función pública que le ha sido encomendada y al interés, también público, que a ella es inherente**”.

En efecto, en los mismos términos, expuso la Corte en la sentencia C-037 de 2003, previamente referenciada, que el legislador disciplinario (Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único), se decidió por un criterio material a diferencia del previsto en la normatividad derogada, que atendía un criterio subjetivo, en cuanto a la responsabilidad de los particulares que cumplen funciones públicas, en aras de de establecer, si eran o no destinatarios del precitado estatuto sancionatorio.

“Posteriormente la Corte señaló que el criterio subjetivo señalado en la Sentencia C-280/96 para establecer los destinatarios de la ley disciplinaria, que resultaba plenamente aplicable para el caso de los servidores públicos, **debía sustituirse en el caso de los particulares por un criterio material que no atendiera a la calidad o condición de quien actúa sino a la función pública que le haya sido encomendada y al interés, también público, que a ella es inherente**. (Lo resaltado no es del original).

En síntesis, esta agencia se aparta de la respetable pero no compartida postura del Tribunal, al considerar que para establecer si un contratista ejerce funciones públicas, en cada caso, se debe analizar las funciones desarrolladas por el particular, cuando, lo cierto, como se ha dicho, los particulares pueden ejercer funciones públicas, en forma temporal o permanente, como se deduce de los artículos 123 inciso tercero y 210 inciso segundo, empero desdeña, que para tales efectos debe existir una ley previa que habilite tal atribución.

En nuestro entender, lo que sitúa al particular en la situación de servidor público, y de contera que asuma funciones públicas, no es el vínculo que surge de la relación con el Estado, sino la naturaleza de la función que le atribuye la ley, no el juez ni la administración, única autorizada, constitucionalmente, para fijar la índole y alcance de la relación jurídica subyacente.



Con todo, las labores que destaca el fallador de instancia, vale decir, la elaboración de estudios jurídicos, dar visto bueno a los actos administrativos emitidos por la gerencia, proyección de actos administrativos y revisión de evaluaciones en los procesos contractuales, no comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, en los términos de la misma jurisprudencia que cita para sustentar su postura (C-563 de 1998), habida cuenta, que con la suscripción de los contratos, la demandada no adquirió el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomendó la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.

Por todo lo anterior, considera esta Agencia que le asiste razón al recurrente cuando discurre que el otorgamiento de funciones públicas a un particular tiene unos límites y condiciones, no se trata de un evento ligero y sin reglamentación, en virtud que tal facultad debe estar plenamente concedida por la ley y respetar los límites que esta impone.

Sin perjuicio de lo anterior, que sería suficiente para revocar la providencia recurrida, para esta Delegada, la relación jurídica que subyace en los contratos suscritos entre la accionada y la ESE la Divina Misericordia de Magangué, Bolívar, sin mayores esfuerzos o elucubraciones, es la de un típico contrato de prestación de servicios dentro del régimen jurídico de la contratación estatal en los términos del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, el mencionado numeral señala que son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad; luego de la anterior definición normativa, es posible extraer 2 conclusiones fundamentales.

La primera, que para que se trate de contratos estatales de prestación de servicios, deben celebrarse por las entidades estatales, como en este caso se verifica, dado que son celebrados, conforme la certificación que obra en el plenario y que refiere el fallo, por la ESE la Divina Misericordia de Magangué, Bolívar, la cual en los



términos del artículo 1º del Decreto 1876 de 1994, constituye una categoría especial de entidad pública descentralizada.

Asimismo, se constata, el segundo condicionamiento, esto es, que el contrato se celebre para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, hipótesis normativas, en donde encajan, sin mayor esfuerzo, las labores destacadas en el fallo recurrido; vale decir, elaboración de estudios jurídicos, dar visto bueno a los actos administrativos emitidos por la gerencia, proyección de actos administrativos y revisión de evaluaciones en los procesos contractuales.

Por último, encuentra esta agencia que no es este el escenario judicial para adentrarse en el análisis material y pormenorizado de las actividades desplegadas por un particular para derivar de ellas el ejercicio o no de funciones públicas, acusando un criterio de realidad sobre las formas, cuando, como se ha expuesto copiosamente, las funciones públicas por particulares se ejercen por habilitación legal previa.

2.4. Síntesis del concepto.

La sentencia apelada debe ser objeto de revocatoria, en virtud a que i) contrario a lo considerado por el Tribunal Administrativo del Cesar, no es posible predicar de manera excepcional, el cumplimiento de función pública por parte de la demandada, a través de la suscripción de contratos de prestación de servicios con empresas sociales del Estado, cumpliendo, en su sentir, funciones públicas, por un período no inferior a 2 años en los terminos exigidos por la Ley 42 de 1993 y el Concejo Municipal de Valledupar para ser contralora municipal, como quiera que normativa y jurisprudencialmente, la asunción de funciones públicas por particulares, debe estar precedida de una norma superior que así lo establezca, ii) siendo, totalmente, improcedente, en consecuencia, utilizar un criterio material o sustancial, en relación con las actividades realizadas, en virtud a que, se reitera, se requiere de una habilitación legal, pero además, el criterio en cita, es utilizado por la ley y la jurisprudencia, para los solos efectos de determinar la responsabilidad de los contratistas, siendo impropio, su aplicación extensiva a otros ámbitos del derecho.



III. CONCLUSIÓN

Con fundamento en lo expuesto, esta Delegada del Ministerio Público, solicita **REVOCAR** la sentencia del 17 de junio de 2021, expedida por el Tribunal Administrativo del Cesar, que denegó las pretensiones de nulidad del acto de elección de la señora **MARY FLOR TEHERAN PUELLO** como Contralora Municipal de Valledupar, para el período 2020-2021, contenido en el Acta de Sesión Ordinaria 007 del 8 de enero de 2020.

Respetuosamente,

IDAYRIS YOLIMA CARRILLO PÉREZ
Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado