

**LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA
POR COLABORACIÓN EN COLOMBIA**



MANUEL JACOBO RODRÍGUEZ YONG

Trabajo de grado para optar al título de abogado

**Director:
Profesor Andrés Mutis Vanegas**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
BOGOTÁ, D.C.
2006**

NOTA DE ADVERTENCIA

ARTICULO 23 DE LA RESOLUCIÓN No. 13 DE JULIO DE 1946: “La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Sólo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Como siempre,
a Dios y a mi familia

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a todos aquellos que de una u otra manera me colaboraron en la elaboración de este trabajo, especialmente al Dr. Mario Roberto Molano López, por proponerme el tema del trabajo y darme las primeras indicaciones para hacerlo, al Dr. Andrés Mutis Vanegas, por sus acertadas reflexiones y correcciones como director del trabajo, y a los profesores de Derecho Público Dr. Augusto Hernández Becerra y mi tío Samuel Yong Serrano, por sus valiosos aportes en bibliografía y comentarios.

CONTENIDO

pág.

INTRODUCCIÓN.....	20
1. ANÁLISIS INDIVIDUAL DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS QUE CONFORMAN EL CONCEPTO DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA POR COLABORACIÓN	22
1.1 DESCENTRALIZACIÓN	22
1.1.1 Origen histórico.....	22
1.1.2 Significado lingüístico	23
1.1.2.1 <u>MORFOLOGÍA</u>	23
1.1.2.2 <u>DEFINICION LINGÜÍSTICA</u>	23
1.1.3 Significado jurídico	23
1.2 ADMINISTRATIVA.....	24
1.2.1 Significado lingüístico	24
1.2.2 Significado jurídico	24
1.3 POR COLABORACIÓN	25
1.3.1 Significado lingüístico	25

1.3.2	Significado jurídico	25
2.	UBICACIÓN DE LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA POR COLABORACIÓN COMO UNA COMBINACIÓN DE DOS CLASES DE DESCENTRALIZACIÓN.....	28
2.1	CLASIFICACIÓN DE LA DESCENTRALIZACIÓN POR LA CLASE DE PERSONA QUE CUMPLE LA FUNCIÓN PÚBLICA DESCENTRALIZADA.....	28
2.1.1	Las personas y su clasificación.....	29
2.1.1.1	<u>CONCEPTO DE PERSONA</u>	29
2.1.1.2	<u>CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS</u>	29
2.1.2	Clases de descentralización que resultan de la clasificación de las personas.....	29
2.1.2.1	<u>DESCENTRALIZACIÓN POR COLABORACIÓN</u>	30
2.1.2.1.1	<u>Definición jurídica</u>	30
2.1.2.1.2	<u>Las personas privadas o particulares</u>	30
2.1.2.2	<u>DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL</u>	31
2.1.2.2.1	<u>Definición jurídica</u>	31
2.1.2.2.2	<u>Las entidades territoriales</u>	31
2.1.2.3	<u>DESCENTRALIZACIÓN POR SERVICIOS</u>	32
2.1.2.3.1	<u>Definición jurídica</u>	32

2.1.2.3.2	<u>Las entidades descentralizadas por servicios</u>	32
2.1.2.3.2.1	LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS POR SERVICIOS DEL ORDEN NACIONAL	33
2.1.2.3.2.2	LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS POR SERVICIOS DEL ORDEN LOCAL	33
2.2	CLASIFICACIÓN DE LA DESCENTRALIZACIÓN POR LA CLASE DE FUNCIÓN PÚBLICA DESCENTRALIZADA	34
2.2.1	Las funciones públicas y su clasificación	34
2.2.1.1	<u>CONCEPTO DE FUNCIÓN PÚBLICA</u>	34
2.2.1.1.1	<u>Criterios para distinguir las funciones públicas y privadas</u>	34
2.2.1.1.1.1	CRITERIO TELEOLÓGICO O FINALÍSTICO	34
2.2.1.1.1.2	CRITERIO ORGÁNICO	35
2.2.1.1.1.3	CRITERIO DE PODER	35
2.2.1.1.1.4	CONCLUSIÓN.....	35
2.2.1.1.2	<u>Definición de función pública</u>	36
2.2.1.2	<u>CLASIFICACIÓN DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS</u>	36
2.2.1.2.1	<u>Las funciones públicas de la clásica tridivisión del poder público: legislativa, judicial y administrativa</u>	36

2.2.1.2.2	<u>Las nuevas funciones públicas que trajo consigo la Constitución de 1991: control fiscal, control del Ministerio Público y electoral</u>	37
2.2.2	Clases de descentralización que resultan de la clasificación de las funciones públicas	38
2.2.2.1	<u>DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA</u>	38
2.2.2.2	<u>DESCENTRALIZACIÓN JUDICIAL</u>	39
2.2.2.3	<u>DESCENTRALIZACIÓN DEL CONTROL FISCAL</u>	41
2.2.2.4	<u>DESCENTRALIZACIÓN DEL CONTROL DEL MINISTERIO PÚBLICO</u>	42
2.2.2.5	<u>LAS DESCENTRALIZACIONES LEGISLATIVA Y ELECTORAL NO EXISTEN</u>	45
2.2.2.6	<u>CONCLUSIÓN</u>	46
2.3	DEFINICIÓN DE DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA POR COLABORACIÓN	46
3.	CARACTERÍSTICAS DE LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA POR COLABORACIÓN	47
3.1	OTORGAMIENTO DE UNA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA	47
3.1.1	La función administrativa	47
3.1.1.1	<u>TEORÍAS DE DEFINICIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA</u>	47
3.1.1.1.1	<u>Definiciones de función administrativa</u>	48

3.1.1.1.1.1	AUTORES NACIONALES	48
3.1.1.1.1.2	AUTORES EXTRANJEROS.....	48
3.1.1.1.2	<u>Análisis de las definiciones</u>	49
3.1.1.1.2.1	DESDE EL PUNTO DE VISTA MATERIAL U OBJETIVO.....	49
3.1.1.1.2.2	DESDE EL PUNTO DE VISTA TELEOLÓGICO O FINALÍSTICO.....	51
3.1.1.1.2.3	DESDE EL PUNTO DE VISTA ORGÁNICO O SUBJETIVO	53
3.1.1.1.2.4	CONCLUSIÓN.....	54
3.1.1.2	<u>TEORÍAS DE IDENTIFICACIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA</u>	55
3.1.1.2.1	<u>Teoría de identificación positiva o teoría de los criterios</u>	55
3.1.1.2.1.1	CRITERIO ORGÁNICO O SUBJETIVO	56
3.1.1.2.1.2	CRITERIO MATERIAL U OBJETIVO	56
3.1.1.2.1.3	CRITERIO JURISDICCIONAL.....	56
3.1.1.2.1.4	CRITERIO JERÁRQUICO	57
3.1.1.2.2	<u>Teoría de identificación negativa o teoría del descarte</u>	58
3.1.1.2.3	<u>Conclusión</u>	59

3.2 A QUIEN SE OTORGA LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA ES UN PARTICULAR.....	61
3.2.1 Los particulares pueden cumplir funciones públicas de forma permanente o temporal	61
3.2.2 La autonomía patrimonial o financiera es un atributo de toda persona	62
3.2.3 Las sociedades de economía mixta desarrollan actividades privadas pero no por esto son ejemplo de descentralización administrativa por colaboración	63
3.2.4 Algunas sociedades que antes se consideraban privadas pasaron a ser de economía mixta debido a la sentencia C-953 de 1999 proferida por la Corte Constitucional	63
3.3 CUMPLIMIENTO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN NOMBRE DEL PARTICULAR.....	65
3.4 SOMETIMIENTO DEL PARTICULAR A CONTROL ADMINISTRATIVO	65
3.4.1 El control administrativo	66
3.4.2 Clases de control administrativo	66
3.4.2.1 <u>EL CONTROL ADMINISTRATIVO EN LA DESCONCENTRACIÓN</u>	66
3.4.2.1.1 <u>El control administrativo personal en la desconcentración</u>	66
3.4.2.1.2 <u>El control administrativo decisorio en la desconcentración</u>	67
3.4.2.2 <u>EL CONTROL ADMINISTRATIVO EN LA DELEGACIÓN</u>	67

3.4.2.2.1	<u>El control administrativo personal en la delegación</u>	67
3.4.2.2.2	<u>El control administrativo decisorio en la delegación</u>	67
3.4.2.3	<u>EL CONTROL ADMINISTRATIVO EN LA DESCENTRALIZACIÓN</u>	68
3.4.2.3.1	<u>El control administrativo en la descentralización por servicios</u>	69
3.4.2.3.1.1	EL CONTROL ADMINISTRATIVO PERSONAL EN LA DESCENTRALIZACIÓN POR SERVICIOS	69
3.4.2.3.1.2	EL CONTROL ADMINISTRATIVO DECISORIO EN LA DESCENTRALIZACIÓN POR SERVICIOS	70
3.4.2.3.2	<u>El control administrativo en la descentralización territorial</u>	71
3.4.2.3.2.1	EL CONTROL ADMINISTRATIVO PERSONAL EN LA DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL	71
3.4.2.3.2.2	EL CONTROL ADMINISTRATIVO DECISORIO NO EXISTE EN LA DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL	72
3.4.2.3.3	<u>Control administrativo en la descentralización por colaboración</u>	72
3.4.2.3.3.1	EL CONTROL ADMINISTRATIVO PERSONAL EN LA DESCENTRALIZACIÓN POR COLABORACIÓN	72
3.4.2.3.3.2	EL CONTROL ADMINISTRATIVO DECISORIO EN LA DESCENTRALIZACIÓN POR COLABORACIÓN	72
3.4.2.3.3.3	CONTROL ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE LOS PARTICULARES INVESTIDOS DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS MEDIANTE ACTO ADMINISTRATIVO	74

3.4.2.3.4 Excepcionalmente, el poder de revisión hace parte del control administrativo en la descentralización74

4. CLASES DE DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA POR COLABORACIÓN76

4.1 DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA POR COLABORACIÓN POR LEY.....76

4.2 DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA POR COLABORACION POR ACTO ADMINISTRATIVO.....77

4.2.1 Condiciones generales para el otorgamiento de funciones administrativas a los particulares mediante acto administrativo.....77

4.2.2 Procedimiento para el otorgamiento de funciones administrativas a los particulares mediante acto administrativo.....79

4.2.2.1 PRIMERA FASE: EXPEDICIÓN DE UN ACTO ADMINISTRATIVO POR EL CUAL UNA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA RESUELVE ENTREGAR UNA DE SUS FUNCIONES A UN PARTICULAR79

4.2.2.2 SEGUNDA FASE: CELEBRACIÓN DE CONVENIO CON EL PARTICULAR AL QUE SE LE ENTREGA LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.....80

4.2.3 Régimen jurídico de los actos administrativos expedidos por particulares y de los contratos celebrados por particulares por cuenta de entidades estatales.....81

5. INHABILIDADES, IMPEDIMENTOS, INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTOS DE INTERES DE LOS PARTICULARES QUE CUMPLEN FUNCIONES ADMINISTRATIVAS.....82

6. LOS FINES DE LA DESCENTRALIZACIÓN POR COLABORACIÓN.....83

7. CRITERIOS PARA DECIDIR LA DESCENTRALIZACIÓN POR COLABORACIÓN DE UNA FUNCIÓN PÚBLICA	85
7.1 LEGALIDAD.....	85
7.2 CONVENIENCIA	86
8. LISTADO Y CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS QUE EN COLOMBIA SON DESCENTRALIZADAS ADMINISTRATIVAMENTE POR COLABORACIÓN	89
8.1 PARTICULARES GUARDIANES DE LA FE PÚBLICA	89
8.1.1 Entidades privadas de certificación de firmas digitales	90
8.1.1.1 <u>DEFINICIÓN</u>	90
8.1.1.2 <u>FUNCIONES</u>	91
8.1.2 Notarios.....	92
8.1.2.1 <u>NATURALEZA JURÍDICA DEL CARGO DE NOTARIO</u>	92
8.1.2.1.1 <u>Los notarios son particulares investidos de funciones públicas</u>	92
8.1.2.1.2 <u>El sistema notarial colombiano es latino</u>	93
8.1.2.2 <u>FUNCIONES</u>	95
8.1.2.2.1 <u>Funciones administrativas</u>	95
8.1.2.2.2 <u>Funciones judiciales</u>	96

8.1.3	Los contadores.....	97
8.2	PARTICULARES NOMBRADOS COMO CURADORES URBANOS.....	98
8.3	PARTICULARES PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS	98
8.3.1	Empresas privadas de servicios públicos domiciliarios	98
8.3.2	Empresas privadas de servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones	99
8.4	PARTICULARES QUE COMANDAN NAVES Y AERONAVES	101
8.4.1	Capitanes de naves	101
8.4.2	Comandantes de aeronaves	102
8.5	PARTICULARES QUE LLEVAN REGISTROS PÚBLICOS	102
8.5.1	Cámaras de comercio	103
8.5.1.1	<u>NATURALEZA Y CONCEPTO</u>	103
8.5.1.2	<u>FUNCIONES</u>	104
8.5.2	Entidades privadas encargadas de llevar libros genealógicos oficiales	106
8.5.2.1	<u>LOS LIBROS GENEALÓGICOS OFICIALES</u>	106
8.5.2.2	<u>ENTIDADES ENCARGADAS DE LLEVAR LOS LIBROS GENEALÓGICOS OFICIALES Y CERTIFICAR LOS DATOS EN ELLOS CONSIGNADOS</u>	106

8.5.3	Entidades que agremian profesionales.....	107
8.5.3.1	<u>FORMAS DE AGREMIACIÓN DE LOS PROFESIONALES ...</u>	107
8.5.3.2	<u>DIFERENCIAS ENTRE LAS ASOCIACIONES PROFESIONALES Y LOS COLEGIOS PROFESIONALES.....</u>	108
8.5.3.3	<u>LISTADO DE GREMIOS PROFESIONALES QUE CUMPLEN FUNCIONES ADMINISTRATIVAS.....</u>	109
8.5.3.3.1	<u>Asociación Colombiana de Fonoaudiología y Terapia del Lenguaje —ACFTL—</u>	109
8.5.3.3.2	<u>Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia —ANEC—</u>	109
8.5.4	Particulares que participan en la administración del Sistema Nacional de Identificación e Información del Ganado Bovino.....	110
8.6	PARTICULARES QUE RECAUDAN TRIBUTOS	111
8.6.1	Los tributos.....	111
8.6.2	Clases de tributos	111
8.6.2.1	<u>IMPUESTOS</u>	112
8.6.2.2	<u>TASAS</u>	112
8.6.2.3	<u>CONTRIBUCIONES PARAFISCALES.....</u>	112
8.6.2.3.1	<u>Definición</u>	112
8.6.2.3.2	<u>Características</u>	113

8.6.2.4	<u>DIFERENCIAS ENTRE IMPUESTOS, TASAS Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES</u>	114
8.6.2.4.1	<u>Entre impuestos y tasas</u>	114
8.6.2.4.2	<u>Entre impuestos y contribuciones parafiscales</u>	114
8.6.2.4.3	<u>Entre tasas y contribuciones parafiscales</u>	115
8.6.3	Casos de particulares que recaudan tributos	115
8.6.3.1	<u>CASOS DE PARTICULARES QUE RECAUDAN IMPUESTOS</u> 115	
8.6.3.2	<u>CASOS DE PARTICULARES QUE RECAUDAN TASAS</u>	116
8.6.3.3	<u>CASOS DE PARTICULARES QUE RECAUDAN CONTRIBUCIONES PARAFISCALES</u>	116
8.6.3.3.1	<u>Consortio Administrador del Patrimonio Autónomo Fondo de Promoción Turística —PROMOTOR—</u>	117
8.6.3.3.2	<u>Entidades gremiales administradoras de fondos parafiscales agropecuarios y pesqueros y de fondos de estabilización de precios de productos agropecuarios y pesqueros</u>	117
8.6.3.3.2.1	LOS FONDOS AGROPECUARIOS Y PESQUEROS Y LOS FONDOS DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE PRODUCTOS AGROPECUARIOS Y PESQUEROS	118
8.6.3.3.2.1.1	Fondos agropecuarios y pesqueros.....	118
8.6.3.3.2.1.2	Fondos de estabilización de precios de productos agropecuarios y pesqueros	118

8.6.3.3.2.1.3	Administración	118
8.6.3.3.2.2	LISTADO DE ENTIDADES PRIVADAS QUE ADMINISTRAN FONDOS AGROPECUARIOS Y PESQUEROS Y FONDOS DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE PRODUCTOS AGROPECUARIOS Y PESQUEROS	120
8.6.3.3.2.2.1	Asociación Colombiana de Porcicultores —ACP—	120
8.6.3.3.2.2.2	Asociación de Cultivadores de Caña de Azúcar de Colombia —ASOCAÑA—	120
8.6.3.3.2.2.3	Asociación Hortifrutícola de Colombia —ASOHOFRUCOL—	120
8.6.3.3.2.2.4	Confederación Colombiana del Algodón —CONALGODON—	121
8.6.3.3.2.2.5	Cooperativa Agropecuaria de Ginebra Limitada —COAGRO—	121
8.6.3.3.2.2.6	Federación Colombiana de Ganaderos —FEDEGAN—	121
8.6.3.3.2.2.7	Federación Nacional de Arroceros —FEDEARROZ—	122
8.6.3.3.2.2.8	Federación Nacional de Avicultores de Colombia —FENAVI—	122
8.6.3.3.2.2.9	Federación Nacional de Cacaoteros —FEDECACAO—	122
8.6.3.3.2.2.10	Federación Nacional de Cafeteros de Colombia —FEDECAFE—	123

8.6.3.3.2.2.11 Federación Nacional de Cultivadores de Cereales —FENALCE—	123
8.6.3.3.2.2.12 Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite —FEDEPALMA—.....	123
8.6.3.3.2.2.13 Federación Nacional de Productores de Panela —FEDEPANELA—.....	124
8.6.3.3.2.2.14 Federación Nacional de Productores de Tabaco —FEDETABACO—.....	124
8.6.3.3.2.2.15 Federación Nacional de Productores y Transformadores de Caucho Natural —FEDECAUCHO—	124
<u>8.6.3.3.3 Federación Nacional de Esmeraldas de Colombia —FEDESMERALDAS—.....</u>	<u>124</u>
<u>8.6.3.3.4 Particulares que recaudan contribuciones parafiscales del Sistema de Seguridad Social.....</u>	<u>125</u>
8.6.3.3.4.1 CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR	125
8.6.3.3.4.1.1 Antecedentes	125
8.6.3.3.4.1.2 Definición	127
8.6.3.3.4.1.3 Funciones	127
8.6.3.3.4.2 ENTIDADES PRIVADAS PROMOTORAS DE SALUD .	131
8.6.3.3.4.3 SOCIEDADES PRIVADAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES.....	132
8.6.3.3.4.4 EMPLEADORES	133

8.7 PARTICULARES QUE SON AUTORIDADES EN MATERIA DE TRANSITO.....	134
9. CONCLUSIONES.....	136
BIBLIOGRAFÍA.....	139

INTRODUCCIÓN

A mediados del siglo pasado, se daban casos excepcionales en los que no era una entidad pública, sino un particular, el encargado de cumplir una función pública. Con el paso del tiempo los casos de particulares investidos de funciones públicas aumentaron, y como ya no eran casos tan excepcionales, la doctrina y la jurisprudencia colombianas empezaron a agruparlos bajo el concepto descentralización por colaboración, como estaba sucediendo en otros países.

Poco a poco se fue dando un proceso de incorporación del concepto descentralización por colaboración en el Derecho colombiano, proceso que ciertamente no ha terminado, pues a pesar de que la jurisprudencia ha aceptado plenamente ese concepto, aún pueden encontrarse doctrinantes que omiten incluir la descentralización por colaboración como una clase de descentralización adicional a las tradicionales descentralización territorial y descentralización funcional o por servicios.

Por otro lado, quienes aceptan la descentralización por colaboración se refieren a ésta de manera superficial, lo cual ha contribuido a que se siga manteniendo un prejuicio generalizado de que esa clase de descentralización es inusual y de escasa importancia.

Esta sombría percepción de la descentralización por colaboración es precisamente la que quiere cambiar este trabajo, presentando una visión de ella más amplia que la ofrecida hasta ahora por la doctrina. Para esto, centra su objeto de estudio en la descentralización por colaboración más común: la descentralización administrativa por colaboración, ubicándola en el amplio espectro de la descentralización, definiéndola de manera coherente con el esquema de la descentralización, explicando sus características y clasificándola según se haga por ley o por acto administrativo. Así mismo, el trabajo expone las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de interés que pueden darse en la descentralización administrativa por colaboración, los fines de ésta y algunos criterios para decidir la descentralización administrativa por colaboración de una función pública.

Lo anterior complementado por un listado con el que se demuestra que, en Colombia, los casos de descentralización administrativa por colaboración no son pocos.

Obviamente, la tarea no fue fácil. Exigió la consulta de un sinnúmero de fuentes bibliográficas que no sólo trataban el tema de la descentralización administrativa

por colaboración, sino también temas relacionados como descentralización, clasificación de las personas, clasificación de las funciones públicas, función administrativa, entre otros.

Además, no hay una ley que de manera general regule la descentralización administrativa por colaboración, por lo que las normas legales relacionadas con ésta se encuentran diseminadas en muchas de leyes. Si bien la Ley 489 de 1998 contiene un capítulo especialmente dedicado a la descentralización administrativa por colaboración que se hace por acto administrativo, esa no era la única ley relevante para este trabajo, ya que la descentralización administrativa por colaboración también se hace por ley, y numerosas son las leyes en las que se consagran casos de descentralización administrativa por colaboración.

Pasando a la jurisprudencia, la de la Corte Constitucional ha sido profusa en materia de descentralización administrativa por colaboración. El Consejo de Estado también se ha referido a ella, aunque no tanto como la Corte Constitucional.

Fue entonces considerable la cantidad de material recopilado para este trabajo, hecho que habría sido sorprendente hace quince o diez años, pero no ahora, habida cuenta los notorios desarrollos normativos y jurisprudenciales que ha venido experimentado la descentralización administrativa por colaboración.

Explicados el origen e importancia del tema, los objetivos y alcances del trabajo, y el reto investigativo que implicó su elaboración, no resta más que entrar en materia esperando que este esfuerzo sea útil a todos aquellos que desean conocer de cerca la descentralización administrativa por colaboración y apreciar su real importancia.

1. ANÁLISIS INDIVIDUAL DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS QUE CONFORMAN EL CONCEPTO DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA POR COLABORACIÓN

La descentralización administrativa por colaboración es un concepto complejo que vale la pena analizar por partes, primero la palabra “descentralización”, luego la palabra “administrativa”, y finalmente la frase “por colaboración”.

1.1 DESCENTRALIZACIÓN

1.1.1 Origen histórico

En la época del absolutismo, el rey monopolizaba todas las funciones públicas; él legislaba, administraba, juzgaba y controlaba, y si bien para cumplir tantas funciones contaba con la colaboración de innumerables funcionarios, éstos no actuaban como autoridades independientes del rey sino como representantes de éste. De ahí que el rey fuera visto como el Estado mismo, y que Luis XIV, monarca francés de 1638 a 1715, así lo proclamara en su famosa frase: “El Estado soy yo”.

Con la caída de los regímenes absolutistas la soberanía dejó de ser un atributo personal de los reyes y pasó a ser impersonal en cabeza de un pueblo o nación, y cuando en la ciencia jurídica comenzó a aceptarse la existencia de otras personas distintas a las naturales, las personas jurídicas, el Estado no tuvo inconveniente en considerarse persona jurídica y crear otras personas jurídicas públicas para entregarles funciones públicas que él venía monopolizando.

Ese fenómeno de traslado de las funciones públicas, inicialmente centralizadas en el Estado, a otras personas públicas creadas por él, fue llamado descentralización (territorial o por servicios), siendo incluido más tarde, en ese mismo concepto, el otorgamiento de funciones públicas a particulares (descentralización por colaboración).

Es por lo anterior que actualmente se considera centralizada toda función pública a cargo de la persona jurídica de Derecho Público Estado, que en Colombia se llama Nación¹, y descentralizada toda función pública encomendada a cualquier otra persona pública o privada.

¹ El artículo 80 de la Ley 153 de 1887 determinó que serían personas jurídicas “la Nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública y

1.1.2 Significado lingüístico

1.1.2.1 MORFOLOGÍA

Haciendo un sencillo ejercicio morfológico², podemos darnos cuenta que la palabra descentralización se compone de dos partes: des- (prefijo que “denota negación o inversión del significado del simple”³) y centralización (acción y efecto⁴ del verbo centralizar que es “reunir varias cosas en un centro común”⁵).

1.1.2.2 DEFINICION LINGÜÍSTICA

La descentralización, entonces, es lo contrario a centralización, pudiendo definirse, desde un punto de vista estrictamente lingüístico, como la acción y efecto de sacar o desplazar algo de un centro.

1.1.3 Significado jurídico

La definición estrictamente lingüística de descentralización es coherente con su definición jurídica, pues en ésta el Estado se asimila al centro y lo que se saca o se desplaza son sus funciones para ser entregadas a otros entes que como él, están dotados de personalidad jurídica.

las corporaciones creadas y reconocidas por la ley”, y la Constitución de 1991, reiterando esa disposición, “se refiere, en varios de sus artículos, a la Nación como persona jurídica: arts. 49, 67, 128, 218, 266, 267, 268-3, 288, 298, 305-6, 305-11, 352, 359, 362, 364 y 368, entre otros” (Corte Constitucional, sentencia C-1096 del 17 de octubre de 2001, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño).

El profesor Jaime Orlando Santofimio critica el reconocimiento de personería jurídica a la Nación, primero, porque es “innecesario, si se tiene en cuenta, como lo sostiene DROMI, que el Estado adquiere la personalidad jurídica desde el mismo momento de su creación, sin necesidad de un reconocimiento expreso. La sola institucionalización del poder, es decir, el establecimiento de un régimen político, con normatividad jurídica, constituye el Estado, y de ahí se desprende su personalidad jurídica para los efectos que sea requerida” (SANTOFIMIO G., Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, 4a. edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004 p. 102); y segundo, por cuanto se incurre en la “inexactitud de considerar a un concepto sociológico, como es el de Nación, como persona jurídica” (*ibidem*), críticas de las que están a salvo el Derecho Internacional y los ordenamientos jurídicos de otros países en los que se utiliza el concepto Estado en vez de Nación.

² La morfología es la “parte de la gramática que se ocupa de la estructura de las palabras” (*Diccionario de la Lengua Española*, 22a. edición, Real Academia Española, 2001. Puede consultarse en la página web: <http://www.rae.es>).

³ *Ibidem*.

⁴ La terminación –ción “forma sustantivos verbales que expresan acción y efecto” (*ibidem*).

⁵ *Ibidem*.

Al respecto la Corte Constitucional, en su sentencia C-727 de 2000, explicó:

“La descentralización es una forma de organización administrativa propia de los Estados de forma unitaria (como lo es el Estado colombiano⁶), que atenúa la centralización permitiendo la transferencia de competencias a organismos distintos del poder central, que adquieren autonomía en la gestión de las respectivas funciones”.

La descentralización, en Colombia, puede entonces definirse como el otorgamiento de una función pública a una persona diferente a la Nación⁷ para que la cumpla en su propio nombre⁸.

1.2 ADMINISTRATIVA

1.2.1 Significado lingüístico

“Administrativo” o “administrativa” son adjetivos utilizados para indicar que algo es “perteneiente o relativo a la administración”⁹.

1.2.2 Significado jurídico

Jurídicamente, los adjetivos “administrativo” y “administrativa” también significan “perteneiente o relativo a la administración”, pero en el Derecho Público se vuelven conceptos más técnicos ya que se utilizan para hacer referencia a una

⁶ Artículo 1o. de la Constitución: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria,…”.

⁷ Como lo explica Enrique Sayagués Laso, la palabra Estado es utilizada en dos sentidos: en algunas ocasiones se refiere a las entidades públicas en conjunto, mientras que en otras identifica la persona pública mayor en oposición a las demás personas públicas menores (véase SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 4a. edición, Montevideo, 1974, ps. 157-158). En este último sentido Estado es lo que en Colombia se conoce como Nación.

⁸ El administrativista Libardo Rodríguez Rodríguez define la descentralización diciendo: “Desde un punto de vista jurídico muy general, la descentralización es la facultad que se otorga a las entidades públicas diferentes del Estado para gobernarse por sí mismas, mediante la radicación de funciones en sus manos para que las ejerzan autónomamente” (RODRÍGUEZ R., Libardo, *Derecho Administrativo*, 14a. edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2005, p. 55). Esta definición jurídica sería admisible si la descentralización sólo implicara el otorgamiento de funciones públicas a “entidades públicas”, pero como atrás lo manifesté, desde hace tiempo se ha admitido la posibilidad de que el Estado entregue funciones suyas a particulares, lo cual se conoce como “descentralización por colaboración”.

⁹ *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. edición, Real Academia Española, 2001. Puede consultarse en la página web: <http://www.rae.es>.

administración específica: la Administración Pública que, en sentido objetivo, es la misma función administrativa¹⁰.

La descentralización administrativa es entonces una descentralización más restringida; no se refiere a la descentralización de cualquier función pública sino a la descentralización de una función pública en especial: la función administrativa. Por esto a la definición de descentralización se le puede cambiar la frase “función pública” por “función administrativa” para que quede una definición válida de descentralización administrativa: otorgamiento de una función administrativa a una persona diferente a la Nación para que la cumpla en su propio nombre.

1.3 POR COLABORACIÓN

1.3.1 Significado lingüístico

La palabra “colaboración” es “acción y efecto de colaborar”¹¹, verbo que significa “trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra”¹².

1.3.2 Significado jurídico

En el Derecho Público, la frase “por colaboración” agregada al concepto descentralización denomina una clase de descentralización en la cual los particulares colaboran al logro de los fines del Estado mediante el cumplimiento de funciones públicas.

Según Gabino Fraga, fallecido profesor mexicano, “la descentralización por colaboración viene a ser una de las formas del ejercicio privado de las funciones públicas”¹³, siendo dos los elementos que la caracterizan: “1o. el ejercicio de una

¹⁰ “El concepto de Administración Pública se desenvuelve en un doble aspecto, subjetivo u orgánico, como organización apta para el desarrollo de la actividad administrativa del Estado, y objetivo o material, como actividad o función” (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 18 de enero de 2000, radicación No. AI-046, Consejero Ponente Dr. Juan Alberto Polo Figueroa).

Sobre la Administración Pública entendida como actividad véase MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Abeledo-Perrot S.A., Buenos Aires, 1982, ps. 42 y ss.

¹¹ *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. edición, Real Academia Española, 2001. Puede consultarse en la página web: <http://www.rae.es>.

¹² *Ibidem*.

¹³ FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 32a. edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1993, p. 208.

función pública, es decir, de una actividad desarrollada en interés del Estado; 2o. el ejercicio de dicha actividad en nombre propio de la organización privada”¹⁴.

Desde hace décadas, la jurisprudencia colombiana ha reconocido que la descentralización por colaboración es una clase de descentralización¹⁵, y los doctrinantes, salvo contadas excepciones, han adoptado esa misma posición¹⁶.

El ex Consejero de Estado Juan Alberto Polo Figueroa acepta la existencia de la descentralización por colaboración, pero advierte: “..., la descentralización por colaboración no hace referencia, propiamente hablando, a una forma de organización de la administración, sino más bien a una manera de atender a la prestación de ciertos servicios, al auxilio que le presten los particulares en determinadas actividades que a ella competen. Quizá por esto el concepto descentralización por colaboración, y mucho menos su denominación, no ha tenido mayor acogida en la doctrina administrativa”¹⁷.

Entre los doctrinantes que niegan la existencia de la descentralización por colaboración¹⁸, está el Dr. Pedro Alfonso Hernández, quien argumenta que “la Constitución consagra únicamente dos tipos de descentralización: la descentralización territorial y la descentralización por servicios”¹⁹.

¹⁴ *Ibidem*, p. 209.

¹⁵ En su sentencia C-166 del 20 de abril de 1995 la Corte Constitucional explicó: “En la legislación anterior a la vigencia de la Carta de 1991, el ejercicio de funciones administrativas por particulares había encontrado específicos desarrollos en la preceptiva del Código Contencioso Administrativo que, al definir el campo de su aplicación, en el artículo 1o., señaló que las normas de la parte primera se aplicarían a ‘*las entidades privadas*’ cuando ‘*cumplan funciones administrativas*’. Así mismo en su artículo 82 sometió al control jurisdiccional pertinente ‘*las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de personas privadas que desempeñen funciones administrativas*’, criterio que volvió a incluir en el artículo 128 (numeral 1o.) al definir la competencia del Consejo de Estado; por lo demás, la jurisprudencia nacional hizo eco de la tendencia examinada, reconociendo la existencia de actos administrativos originados en entidades privadas, en reiterados pronunciamientos entre los cuales se destacan, como antecedentes, la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 14 de octubre de 1970 y la posterior de 10 de febrero de 1978 emanada del Consejo de Estado”.

¹⁶ Véanse PENAGOS, Gustavo, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1994, ps. 335 y ss.; POLO FIGUEROA, Juan Alberto, *Elementos de Derecho Administrativo*, 2a. edición, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2001, p. 117; y RODRÍGUEZ R., Libardo, *op. cit.*, ps. 59 y ss.

¹⁷ POLO FIGUEROA, Juan Alberto, *op. cit.*, p. 117.

¹⁸ Algunos textos de Derecho Administrativo sólo explican la descentralización territorial y la descentralización funcional o por servicios, negando la descentralización por colaboración al guardar silencio sobre ella (véase, por ejemplo, GÓMEZ ARANGUREN, Gustavo Eduardo, *Principios de Derecho Administrativo*, ABC Editores Librería Ltda., Bogotá, 2002, ps. 89 y ss.).

¹⁹ HERNÁNDEZ M., Pedro Alfonso, *Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia*, Legis Editores S.A., Bogotá, 1999, p. 58.

Cierto es que la frase “descentralización por colaboración” no aparece en la Constitución, pero no por esto puede negarse su existencia en el ordenamiento jurídico colombiano.

En primer lugar, si la descentralización es el otorgamiento de funciones públicas a una persona diferente de la Nación, el otorgamiento de funciones públicas a los particulares, que obviamente son personas diferentes a la Nación, tiene que encajarse como una clase de descentralización.

Y en segundo lugar, la Constitución no consagra explícitamente la descentralización por colaboración²⁰, pero sí la consagra implícitamente en varias de sus normas: el inciso 2o. del artículo 26²¹, el inciso 4o. del artículo 116²², el inciso 3o. del artículo 123²³, el inciso 2o. del artículo 210²⁴, el inciso 2o. del artículo 267, el artículo 269, y el inciso 6o. del artículo 272²⁵.

La existencia de la descentralización por colaboración es entonces indudable, y puede definirse como el otorgamiento de una función pública a un particular (persona natural o jurídica de Derecho Privado²⁶) para que la cumpla en su propio nombre.

²⁰ Un concepto jurídico no lo es por el hecho de estar consagrado explícitamente en una norma constitucional, también puede estar consagrado en otras normas jurídicas (las leyes y los actos administrativos), e inclusive, ser una elaboración de la doctrina o la jurisprudencia. Prueba de esto es, precisamente, la descentralización por colaboración que, al momento de expedirse la Constitución de 1991, ya llevaba tiempo siendo reconocida por la jurisprudencia y la doctrina a pesar de que la frase “descentralización por colaboración” no aparecía expresamente consagrada en la Constitución de 1886.

²¹ Inciso 2o. del artículo 26 de la Constitución: “Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles” (subrayas fuera de texto).

²² Inciso 4o. del artículo 116 de la Constitución: “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

²³ Inciso 3o. del artículo 123 de la Constitución: “La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

²⁴ La aprobación del artículo 210 de la Constitución, cuyo inciso 2o. dispone que “los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”, se justificó en un informe de ponencia presentado a la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 en el que se dijo: “La descentralización, hoy día tiene cabida a nivel constitucional a partir del artículo 5o. vigente, y la seguirá teniendo, máxime el profundo estudio que la Comisión Segunda está haciendo sobre reorganización territorial. No obstante conviene consagrar expresamente la descentralización, además de la territorial, la que se hace funcionalmente o por servicios y la que se hace por colaboración, para señalar así los fundamentos que deben regir éstos fenómenos” (*Gaceta Constitucional*, No. 62, Bogotá, 29 de abril de 1991, p. 11).

²⁵ El inciso 2o. del artículo 267, el artículo 269, y el inciso 6o. del artículo 272 de la Constitución autorizan que “empresas privadas colombianas” cumplan funciones de control fiscal.

²⁶ Para el Dr. Jorge Enrique Ibáñez Najar, “la descentralización por colaboración consiste en el traslado o atribución de funciones públicas que la ley o el reglamento hacen a personas jurídicas

2. UBICACIÓN DE LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA POR COLABORACIÓN COMO UNA COMBINACIÓN DE DOS CLASES DE DESCENTRALIZACIÓN

La descentralización se clasifica de dos maneras: por la clase de función descentralizada y por la clase de persona que cumple la función pública descentralizada, clasificaciones de las cuales resultan, respectivamente, la descentralización administrativa y la descentralización por colaboración que son las clases de descentralización que se combinan en la descentralización administrativa por colaboración.

Por lo anterior, es procedente ver a continuación las dos clasificaciones que se hacen de la descentralización y ubicar en cada una de ellas la descentralización administrativa por colaboración.

2.1 CLASIFICACIÓN DE LA DESCENTRALIZACIÓN POR LA CLASE DE PERSONA QUE CUMPLE LA FUNCIÓN PÚBLICA DESCENTRALIZADA

Como las funciones públicas descentralizadas siempre se confieren a seres dotados de personalidad jurídica, es decir, a personas naturales o jurídicas²⁷, se ha utilizado como criterio, para clasificar la descentralización, la clase de persona que cumple la función pública descentralizada.

de derecho privado las cuales deben ser cumplidas por éstas con autonomía administrativa, patrimonial y técnica" (IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, *Las cámaras de comercio: Instrumentos de descentralización por colaboración para el ejercicio de funciones públicas*, artículo publicado en *Revista Vniversitas*, No. 103, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Julio, 2002, p. 411), definición de descentralización por colaboración que se queda corta porque sólo menciona las personas jurídicas de Derecho Privado, siendo que esa clase de descentralización también cubre a las personas naturales que cumplen funciones públicas como los notarios y los curadores urbanos. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado: "La frase con que termina el inciso primero del artículo 210 de la Constitución, autoriza el cumplimiento de funciones administrativas por los particulares: 'Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley'.

"Como la Constitución no distingue, hay que entender que 'los particulares' pueden ser personas naturales o personas jurídicas" (Corte Constitucional, sentencia C-091 del 26 de febrero de 1997, Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía).

²⁷ Lo más común es que sean personas jurídicas, pero se dan casos excepcionales en los que son personas naturales como los notarios o los árbitros.

2.1.1 Las personas y su clasificación

2.1.1.1 CONCEPTO DE PERSONA

De acuerdo con el Código Civil, “las personas son naturales o jurídicas” (artículo 73) siendo personas naturales “todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición” (artículo 74), y persona jurídica, “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente” (artículo 633)²⁸.

2.1.1.2 CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS

Como acabamos de ver, el Código Civil clasifica las personas en naturales y jurídicas, sin embargo, las personas también pueden clasificarse privadas y públicas²⁹, y éstas últimas, a su vez, subclasificarse en Nación, órganos constitucionales autónomos, entidades descentralizadas territorialmente (mejor conocidas como entidades territoriales) y entidades descentralizadas por servicios.

2.1.2 Clases de descentralización que resultan de la clasificación de las personas

De la mencionada clasificación de las personas es que resultan las siguientes clases de descentralización: por colaboración, territorial y por servicios.

²⁸ Según Miguel Betancourt Rey las denominaciones persona natural y persona jurídica “son inexactas, pues con ellas podría pensarse que la persona natural no es persona jurídica. En realidad, tanto la persona humana como la otra sólo tienen significado para el derecho en cuanto les atribuye prerrogativas, es decir, que para el derecho ambas son personas jurídicas. Mejor es la clasificación francesa que divide el género personas jurídicas en dos especies: persona física y persona moral. Pero no es aconsejable prescindir de la terminología empleada por el Código, porque ésta se halla completamente arraigada entre los juristas colombianos” (BETANCOURT REY, Miguel, *Derecho Privado – Categorías Básicas*, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, 1996, ps. 490-491).

²⁹ Esta es una clasificación de las personas que a pesar de ser tan obvia poco se menciona. Generalmente las personas se clasifican en naturales y jurídicas y luego estas últimas se subclasifican en personas jurídicas de Derecho Público y personas jurídicas de Derecho Privado (véanse ANGARITA GÓMEZ, Jorge, *Lecciones de Derecho Civil*, 4a. edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1998, ps. 86-88; BETANCOURT REY, Miguel, *op. cit.*, ps. 581-583; PÉREZ ESCOBAR, Jacobo, *Derecho Constitucional Colombiano*, 5a. edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1997, p. 254; RODRÍGUEZ R., Libardo, *op. cit.*, ps. 43-44; y SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, ps. 155-177), aunque no faltan autores que incluyen las personas jurídicas mixtas en esta subclasificación de las personas jurídicas (véase VALENCIA ZEA, Arturo; y ORTIZ MONSALVE, Álvaro, *Derecho Civil*, Tomo I, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1994, p. 501-502).

2.1.2.1 DESCENTRALIZACIÓN POR COLABORACIÓN

2.1.2.1.1 Definición jurídica

El otorgamiento de una función pública a un particular (persona natural o jurídica de Derecho Privado) para que la cumpla en su propio nombre es lo que se denomina descentralización por colaboración, clase de descentralización de la cual, a su vez, se desprende otra especie de descentralización: la descentralización administrativa por colaboración que constituye el objeto de estudio de este trabajo³⁰.

2.1.2.1.2 Las personas privadas o particulares

Las personas privadas, también llamadas particulares, son las personas naturales y las personas jurídicas de Derecho Privado, luego, cualquier función pública desempeñada por estas personas es descentralizada por colaboración.

Identificar las personas naturales es fácil pero identificar las personas jurídicas de Derecho Privado a veces no lo es.

El profesor Jaime Vidal Perdomo, refiriéndose a la distinción entre los entes estatales y las personas jurídicas privadas anota:

“Ha sido siempre un tema del derecho administrativo la exposición de los criterios de distinción. La terminología que cubre a unos y otras es variada y cambia con los tiempos. Se habla de ‘personas jurídicas de derecho público’ y de ‘personas jurídicas de derecho privado’, o de nombres similares.

“Ciertos fenómenos generales del derecho, como la expansión del derecho público, las nacionalizaciones; o ciertas crisis, como la de la teoría del servicio público, estimulan cambios de linderos o complicaciones adicionales. Como acaba de verse, de otro lado, hay franjas de la vida administrativa estatal que se gobiernan por el derecho privado. La participación cada vez

³⁰ Refiriéndose a la descentralización administrativa por colaboración como una especie de descentralización por colaboración, la Corte Constitucional, en su sentencia C-166 del 20 de abril de 1995, manifestó: “La presencia de organizaciones de naturaleza privada en la realización de actividades administrativas, de las cuales el Estado es titular originario, doctrinariamente es concebida como una especie de la denominada descentralización por colaboración, lo que permite afirmar sin lugar a dudas, que la función administrativa no atañe de manera exclusiva al poder público sino que también incumbe a personas privadas”.

mayor de los particulares en las actividades del Estado contribuye a hacer borrosa en ocasiones la línea de separación de lo público y lo privado”³¹.

El debate doctrinario que surgió en los años setenta referente a si las cámaras de comercio eran entidades públicas o privadas³², muestra lo dudosa que puede ser la naturaleza de una persona jurídica, lo cual ha llevado a la doctrina a proponer diversos criterios de distinción entre las personas jurídicas de Derecho Público y las personas jurídicas de Derecho Privado. Según Vidal Perdomo, esos criterios son los siguientes: “por el fin público o privado que persigan; porque gocen o no de prerrogativas que son típicas de la potestad de imperio del Estado (expropiación, por ejemplo); porque su creación haya sido estatal o de la iniciativa de los particulares; porque tengan a su cargo o no la prestación de un servicio público; por la forma jurídica que tengan: corporación, fundación o sociedad; por su encuadramiento dentro de la organización estatal o no; por el control administrativo que sobre ellas se ejerza; por el origen de los recursos que manejen”³³.

2.1.2.2 DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL

2.1.2.2.1 Definición jurídica

El otorgamiento de una función pública a una entidad territorial para que la cumpla en su propio nombre se denomina descentralización territorial³⁴.

2.1.2.2.2 Las entidades territoriales

De acuerdo con el artículo 286 de la Constitución, son entidades territoriales en Colombia: “los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas”, aunque la ley, según ese mismo artículo, “podrá darles el carácter de

³¹ VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo*, 12a. edición, Legis Editores, S.A., Bogotá, 2004, p. 124.

³² El debate terminó cuando el Consejo de Estado se pronunció reconociendo la naturaleza privada de las cámaras de comercio (véase PENAGOS, Gustavo, *op. cit.*, ps. 338 y ss.; y el estudio jurídico sobre el régimen legal de las cámaras de comercio elaborado por la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio —CONFECAMARAS—, y publicado en la página web de la Cámara de Comercio de Barrancabermeja: http://www.ccbarranca.org.co/regimen/HTML_ORIGINAL/chap01/).

³³ VIDAL PERDOMO, Jaime, *op. cit.*, p. 128.

³⁴ Según la sentencia C-216 de 1994 proferida por la Corte Constitucional, la descentralización territorial es “el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a las entidades territoriales regionales o locales, las cuales se ejecutan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad” (Corte Constitucional, sentencia C-216 del 28 de abril de 1994, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley”.

Es entonces descentralizada territorialmente, toda función pública atribuida a dichas entidades territoriales³⁵.

2.1.2.3 DESCENTRALIZACIÓN POR SERVICIOS

2.1.2.3.1 Definición jurídica

La descentralización por servicios (también llamada descentralización funcional) es el otorgamiento de una función pública a una entidad descentralizada por servicios para que la cumpla en su propio nombre³⁶.

2.1.2.3.2 Las entidades descentralizadas por servicios

Las entidades descentralizadas por servicios pueden ser del orden nacional o del orden local.

³⁵ Sobre descentralización territorial véanse HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto, *La Descentralización Territorial en la Constitución de 1991*, artículo publicado en *Régimen de las Entidades Territoriales*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, ps. 52 y ss.; YOUNES MORENO, Diego, *Derecho Constitucional Colombiano*, 3a. edición, Legis Editores S.A., Bogotá, 1997, ps. 241 y ss.; TAFUR GALVIS, Álvaro, *Estudios de Derecho Público*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., Bogotá, 1997, ps. 247 y ss.; RODRÍGUEZ R., Libardo, *op. cit.*, ps. 56-58; y POLO FIGUEROA, Juan Alberto, *op. cit.*, ps. 161 y ss.

³⁶ Para el Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez la descentralización por servicios “es el otorgamiento de competencias o funciones de la administración a entidades que se crean para ejercer una actividad especializada” (RODRÍGUEZ R. Libardo, *op. cit.*, p. 58).

La Corte Constitucional, por su parte, ha señalado: “La definición de descentralización por servicios ha sido señalada por el legislador. Así, el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, define como entidades descentralizadas de orden nacional a los establecimientos públicos las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objetivo principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio” (Corte Constitucional, sentencia C-127 del 18 de febrero de 2003, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra).

2.1.2.3.2.1 LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS POR SERVICIOS DEL ORDEN NACIONAL

Señala el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 que la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional está integrada por dos sectores: un sector central y un sector descentralizado.

El sector central lo componen organismos sin personería jurídica (la Vicepresidencia de la República, los ministerios, las superintendencias sin personería jurídica), lo cual es lógico, ya que las funciones desempeñadas por ellos son centralizadas (como no tienen personería jurídica, se entiende que esos organismos cumplen sus funciones en nombre de la persona jurídica Nación de la cual hacen parte).

El sector descentralizado en cambio está conformado por entidades, es decir, organismos que sí están dotados de personería jurídica y que por lo tanto pueden cumplir funciones en su propio nombre y no el de la Nación.

Esas entidades del sector descentralizado, de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, los institutos científicos y tecnológicos, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, y las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la rama ejecutiva del poder público.

Estas entidades del sector descentralizado de la rama ejecutiva en el orden nacional, se llaman entidades descentralizadas por servicios en el orden nacional³⁷ y de manera general son reguladas por la Ley 489 de 1998 en su capítulo XIII (artículos 68 a 96).

2.1.2.3.2.2 LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS POR SERVICIOS DEL ORDEN LOCAL

Las entidades descentralizadas por servicios del orden local son las entidades descentralizadas por servicios creadas por las entidades territoriales, las cuales pueden hacerlo facultadas por diversas normas de orden constitucional y legal, principalmente los artículos 300, numeral 7o., y 313, numeral 6o. de la Constitución, los artículos 252 y siguientes del Decreto-ley 1222 de 1986 (Código

³⁷ El artículo 68 de la Ley 489 de 1998 las denomina simplemente “entidades descentralizadas del orden nacional”.

de Régimen Departamental), y los artículos 156 y siguientes del Decreto-ley 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal).

2.2 CLASIFICACIÓN DE LA DESCENTRALIZACIÓN POR LA CLASE DE FUNCIÓN PÚBLICA DESCENTRALIZADA

El fenómeno de la descentralización siempre implica el otorgamiento de una función pública, razón por la cual la descentralización también ha sido clasificada según la clase de función pública descentralizada.

2.2.1 Las funciones públicas y su clasificación

2.2.1.1 CONCEPTO DE FUNCIÓN PÚBLICA

La aproximación más simple que se puede hacer al tema de las funciones públicas es señalar que este tipo de funciones no son privadas, de lo cual surge una pregunta obvia: ¿qué distingue las funciones públicas de las funciones privadas? Intentemos resolver este interrogante.

2.2.1.1.1 Criterios para distinguir las funciones públicas y privadas

2.2.1.1.1.1 CRITERIO TELEOLÓGICO O FINALÍSTICO

Un primer criterio para intentar diferenciar una función pública de una privada sería el criterio teleológico o finalístico, que califica la naturaleza de la función de acuerdo al fin que persigue, siendo función pública toda función que tiene como fin satisfacer el interés público, y función privada, toda función que tiene como fin satisfacer un interés privado. Este criterio sería aceptable si los particulares siempre actuaran buscando satisfacer sus propios intereses, pero no es así, muchas personas tanto naturales como jurídicas realizan acciones para el beneficio de toda la comunidad. Las fundaciones privadas son el más claro ejemplo, pues su función principal es realizar ese tipo de acciones³⁸.

³⁸ Similar es el análisis del insigne administrativista Jean Rivero: "... si la Administración siempre está guiada por el interés público, ella no es la única encargada de procurarlo. El particular también puede hacerlo, sea inconscientemente, sea voluntariamente. Inconscientemente: quien funda un albergue, quien desarrolla la prosperidad de una empresa, no piensa en el interés público; pero el albergue, la prosperidad de las empresas, son esenciales a la vida nacional; ¿se les sometería por eso al derecho público? Y la objeción es todavía mayor cuando la actividad privada se fija un fin

Por lo anterior, el criterio teleológico o finalístico no sirve. Los particulares muchas veces cumplen funciones que satisfacen intereses generales, sin que por ello esas funciones puedan calificarse como públicas.

2.2.1.1.1.2 CRITERIO ORGÁNICO

Un segundo criterio para diferenciar las funciones públicas y privadas podría ser el denominado criterio orgánico según el cual la naturaleza de una función depende del sujeto que la realiza; si la función la realiza una persona pública la función es pública, pero si la realiza una persona privada la función es privada.

Actualmente, no sólo existen personas públicas autorizadas para cumplir actividades privadas (en Colombia, por ejemplo, las empresas industriales y comerciales del Estado), sino que personas privadas, igualmente, han sido autorizadas para cumplir funciones públicas (lo que se conoce como descentralización por colaboración). En consecuencia, el criterio orgánico tampoco es admisible para distinguir las funciones públicas de las privadas, ya que las personas públicas pueden cumplir tanto funciones públicas como privadas, y lo mismo sucede con las personas privadas.

2.2.1.1.1.3 CRITERIO DE PODER

Un tercer criterio para distinguir las funciones públicas de las privadas sería el criterio de poder el cual distingue entre unas y otras según el tipo de poder que se ejerce al desempeñarlas. De esta manera sería función pública aquella que se realiza con fundamento en el poder público, y función privada la que se cumple ejerciendo poder privado.

2.2.1.1.1.4 CONCLUSIÓN

A diferencia de los primeros dos criterios, este tercer criterio no merece ningún reparo, pues los titulares de funciones públicas siempre son autoridades públicas, es decir, personas investidas de poder público, mientras que los titulares de funciones privadas siempre las cumplen sin estar investidos de ese poder. El criterio de poder es entonces el criterio correcto de diferenciación de las funciones públicas y privadas.

desinteresado, idéntico al que persigue la Administración" (RIVERO, Jean, *Páginas de Derecho Administrativo*, Editorial Temis S.A., Universidad del Rosario, Bogotá, 2002, p. 32).

2.2.1.1.2 Definición de función pública

Aceptándose el criterio de poder como el criterio determinante para distinguir las funciones jurídicas públicas y privadas, puede decirse lo siguiente: toda función³⁹ que se realiza ejerciendo poder público⁴⁰ es función pública⁴¹.

2.2.1.2 CLASIFICACIÓN DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS

2.2.1.2.1 Las funciones públicas de la clásica tridivisión del poder público: legislativa, judicial y administrativa

La clasificación de las funciones públicas tuvo su origen en la conocida teoría de la división de poderes expuesta inicialmente por Aristóteles⁴² (384-322 a.C.) y mucho tiempo después desarrollada por Locke⁴³ y Montesquieu⁴⁴. Consideraron estos autores que el poder no debía detentarlo un solo hombre pues la experiencia demostraba que “todo hombre investido de autoridad abusa de ella”⁴⁵. Por esta razón identificaron los varios poderes que detentaba el Estado y propusieron que cada uno de esos poderes fuera ejercido por órganos distintos de igual jerarquía pero relacionados de tal forma entre sí que todo intento de abuso por parte de alguno de ellos pudiera ser reprimido por los poderes restantes.

Mientras que Locke diferenció los poderes legislativo, ejecutivo y federativo, Aristóteles y Montesquieu diferenciaron los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, división ésta última que, generalmente, ha venido siendo acogida por las constituciones modernas.

³⁹ La palabra función puede definirse de diversas maneras y una de ellas es “tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas” (*Diccionario de la Lengua Española*, 22a. edición, Real Academia Española, 2001. Puede consultarse en la página web: <http://www.rae.es>).

⁴⁰ Poder público es el poder que el pueblo en ejercicio de su soberanía le otorga al Estado para que éste pueda alcanzar los fines que el mismo pueblo le ha señalado en la Constitución (artículo 2o.), así como el poder otorgado por el pueblo o cedido por el Estado a otras personas públicas o privadas para que éstas colaboren al Estado en el logro de esos fines.

⁴¹ Debe tenerse cuidado al utilizar la expresión “función pública”, pues no siempre se utiliza con el significado aquí expresado; a veces también se utiliza para designar el régimen laboral al que están sometidos los servidores del Estado y que es el objeto de una de las ramas del Derecho Administrativo, el Derecho Administrativo Laboral (véanse RODRÍGUEZ R., Libardo, *op. cit.*, ps. 201 y ss.; y AYALA CALDAS, Jorge Enrique, *Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2002, ps. 471 y ss.).

⁴² Véase ARISTÓTELES, *La Política*, Ediciones Universales, Bogotá, 1981, p. 199 y ss.

⁴³ Véase LOCKE, John, *Ensayo Sobre el Gobierno Civil*, Ediciones y Distribuciones Alba, S.A., Madrid, 1987, ps 144 y ss.

⁴⁴ Véase MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, Ediciones Universales, Bogotá, 2001, ps. 143 y ss.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 144.

Ahora bien, así como el poder público se dividió en poder legislativo, poder judicial y poder ejecutivo, las funciones públicas, que implican el ejercicio de un poder público, fueron divididas de la misma manera: función legislativa, función judicial y función ejecutiva, aunque es necesario hacer una aclaración en relación con esta última función: el concepto función ejecutiva induce a pensar que consiste en una simple y llana ejecución de la ley, cuando en verdad tiene un contenido más amplio⁴⁶; es por esto que la mayoría de autores prefieren utilizar el concepto función administrativa⁴⁷ en vez de función ejecutiva pero sin prescindir del concepto poder ejecutivo que por tradición ha sido mantenido.

2.2.1.2.2 Las nuevas funciones públicas que trajo consigo la Constitución de 1991: control fiscal, control del Ministerio Público y electoral

En su artículo 113, la Constitución señala que, además de los órganos que integran las ramas legislativa, ejecutiva y judicial del poder público, “existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado”.

Los artículos que siguen a ese artículo y que completan el capítulo de la Constitución denominado “De la Estructura del Estado”, se refieren a los órganos pertenecientes a las ramas del poder público (artículos 114 a 116), pero también a otros órganos que no hacen parte de esas ramas: la Contraloría General de la República, el Ministerio Público y los organismos que conforman la organización electoral (artículos 117 a 120), siendo razonable pensar que son estos los órganos autónomos e independientes que según el artículo 113 de la Constitución deben cumplir “las demás funciones del Estado”, es decir, las funciones que no son ni

⁴⁶ Existen varias posiciones sobre la función ejecutiva y la función administrativa, posiciones que el administrativista Héctor Jorge Escola expone de la siguiente manera: “Hay quienes señalan que dentro de la función administrativa, o también junto a ella, existe una función ejecutiva, integrada no sólo por actos materiales sino también jurídicos, que lleva a cabo la puesta en acción o ejecución de la legislación (Ferraris). Pero se ha afirmado, asimismo, que la función administrativa y la función ejecutiva son, en verdad, equivalentes entre sí (Sayagués Laso) o también que la función ejecutiva es, en realidad, una parte, pero no la única, de la función administrativa, en la que es factible distinguir ciertos caracteres que concurren a darle una fisonomía propia” (ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 14).

⁴⁷ “Se emplea el nombre de Función Administrativa más que el de Ejecutiva, porque éste limita mucho el alcance, pues la Función Administrativa es algo más que ejecutar las leyes; además el concepto de ejecución da lugar a confusiones. La Función Administrativa es algo más amplio que la Ejecutiva, comprende a ésta, pero tiene otras actividades que se realizan bajo un orden jurídico y no siempre están encaminadas a la ejecución de la ley” (FRAGA, Gabino, *Curso de Derecho Administrativo*, 1930, texto publicado en *Revista de Administración Pública*, noviembre de 1982, Instituto Nacional de Administración Pública, México, p. 349. Puede consultarse en la página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México —UNAM—: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=rap&n=1982>).

legislativas, ni administrativas, ni judiciales, y que serían las funciones de control fiscal, de control del Ministerio Público y electoral.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que las funciones de control⁴⁸ (fiscal⁴⁹ y del Ministerio Público⁵⁰) y electoral⁵¹ ya no hacen parte de la función administrativa⁵², sin embargo, ha dejado en claro que los actos expedidos en ejercicio de estas funciones siguen siendo actos administrativos⁵³.

2.2.2 Clases de descentralización que resultan de la clasificación de las funciones públicas

2.2.2.1 DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Como su propio nombre lo indica, la descentralización administrativa es la descentralización de la función administrativa, pudiendo definirse como el

⁴⁸ A veces la función de control fiscal y la función de control del Ministerio Público se unifican bajo el concepto función de control, como lo hace la misma Constitución en su artículo 127, inciso 2o., el cual señala: “A los empleados del Estado y de sus Entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, o se desempeñen en los órganos judicial, electoral, de control, les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio” (subrayas fuera de texto).

⁴⁹ Véase Corte Constitucional, sentencia C-374 del 24 de agosto de 1995, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.

⁵⁰ Véanse las sentencias de la Corte Constitucional C-245 de 1995 y C-178 de 1997, entre otras.

⁵¹ Véase Corte Constitucional, sentencia C-055 del 4 de marzo de 1998, Magistrados Ponentes Drs. Alejandro Martínez Caballero y Hernando Herrera Vergara.

⁵² Algunos doctrinantes comparten esta posición, como los Drs. Carlos Lleras de la Fuente, Carlos Adolfo Arenas Campos, Juan Manuel Charry Ureña y Augusto Hernández Becerra, quienes al explicar el artículo 113 de la Constitución, expresan: “Existen otras funciones diferentes a las básicas que el ordenamiento anterior ubicaba de alguna manera en las tres ramas del poder público, ahora independientes y autónomas. Aquellas son: la de control, que se encarga de vigilar los otros órganos y funcionarios del Estado a fin de que cumplan cabalmente con sus funciones; y la electoral, mediante la cual se canaliza y contabiliza la voluntad de los asociados a través del sufragio.

“Podemos señalar que la diferencia entre las funciones básicas tradicionales y las dos nuevas funciones, que sugiere la existencia de dos ramas más del poder público, radica en que las primeras tienen como destinatario a las personas miembros de la comunidad, mientras que las segundas se ocupan de la actividad estatal y la incidencia de la ciudadanía en dicha actividad” (LLERAS DE LA FUENTE, Carlos; ARENAS CAMPOS, Carlos Adolfo; CHARRY URUEÑA, Juan Manuel; y HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto, *Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia*, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1992, p. 241-242).

⁵³ En su sentencia C-189 de 1998, la Corte Constitucional expresó: “... en general, todo ejercicio de una función administrativa, en el sentido de ejecución administrativa, se hace por medio de actos administrativos, por el contrario no todos los actos administrativos son expresión de una función administrativa, ya que pueden desarrollar otras funciones del Estado, como las funciones de control o de organización electoral” (subrayas fuera de texto)

otorgamiento de una función administrativa a una persona diferente a la Nación para que la cumpla en su propio nombre.

La descentralización administrativa puede encontrarse combinada con cualquiera de las clases de descentralización por la clase de persona a quien se le asigna la función descentralizada (territorial, por servicios y por colaboración). Es así que encontramos la descentralización administrativa territorial en la facultad de dictar acuerdos que tienen los concejos municipales, la descentralización administrativa por servicios en la facultad de los establecimientos públicos para nombrar sus propios funcionarios, y la descentralización administrativa por colaboración en la facultad de un curador urbano para expedir licencias de construcción⁵⁴.

2.2.2.2 DESCENTRALIZACIÓN JUDICIAL

Aunque algunos se sorprendan⁵⁵, en Colombia pueden encontrarse casos en los que la función judicial es descentralizada territorialmente, por servicios, y por colaboración.

A diferencia de la descentralización administrativa, la descentralización judicial, que es el otorgamiento de una función judicial a una persona diferente a la Nación para que la cumpla en su propio nombre, no se menciona explícitamente en ninguna norma jurídica, pero no queda otro camino que reconocer su existencia a la luz del artículo 116 de la Constitución que establece:

“La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

“El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

“Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos

⁵⁴ Según el artículo 101 de la Ley 388 de 1997, un curador urbano es un “particular encargado de estudiar, tramitar y expedir licencias de urbanismo o de construcción, a petición del interesado en adelantar proyectos de urbanización o de edificación, en las zonas o áreas de la ciudad que la administración municipal le haya determinado como de su jurisdicción”.

⁵⁵ Quienes piensan que la función judicial sólo es desconcentrada.

en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley” (subrayas fuera de texto).

Como vemos, el tercer inciso del artículo 116 de la Constitución permite a la ley atribuir funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas, y la ley, con fundamento en ese inciso, ha otorgado funciones judiciales tanto a autoridades administrativas descentralizadas territorialmente como a autoridades administrativas descentralizadas por servicios, siendo ejemplo de descentralización judicial territorial la facultad que tienen los Contralores Departamentales, conforme al numeral 5o. de la Ley 330 de 1996, de adelantar procesos de jurisdicción coactiva con el fin de obtener el pago de las sanciones pecuniarias que imponen en procesos de responsabilidad fiscal⁵⁶; y ejemplo de descentralización judicial por servicios, la facultad atribuida por la Ley 222 de 1995 a la Superintendencia de Sociedades para tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas no sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación⁵⁷.

Pero la función judicial no sólo está descentralizada territorialmente y por servicios, también está descentralizada por colaboración de acuerdo con el último inciso del artículo 116 de la Constitución el cual permite a los particulares ejercer dicha función como conciliadores o árbitros⁵⁸.

⁵⁶ La doctrina constitucional y no pocos doctrinantes, han afirmado que los procesos de jurisdicción coactiva no son de naturaleza jurisdiccional sino administrativa (véase Corte Constitucional, sentencia T-445 del 12 de octubre de 1994, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero). No estoy de acuerdo, los procesos de jurisdicción coactiva, como lo indica la misma palabra jurisdicción, son procesos judiciales o jurisdiccionales, y para confirmarlo basta leer el artículo 561 del Código de Procedimiento Civil. Este artículo dispone: “Las ejecuciones por jurisdicción coactiva para el cobro de créditos fiscales a favor de las entidades públicas se seguirán ante los funcionarios que determine la ley, por los trámites del proceso ejecutivo de mayor o menor y de mínima cuantía”, luego, no es lógico afirmar que un proceso de jurisdicción coactiva es de naturaleza administrativa cuando es tramitado bajo las normas de un proceso que indudablemente es judicial: el proceso civil ejecutivo. De todas maneras, hay otros ejemplos que demuestran que la función judicial está descentralizada territorialmente. Uno es la facultad que, en virtud del Decreto-ley 78 de 1987 y su Decreto reglamentario 405 de 1994, tienen los distritos y municipios para adelantar procesos de liquidación obligatoria de personas jurídicas dedicadas a la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda (véanse artículo 1o. del Decreto-ley 78 de 1987, artículo 1o. del Decreto 405 de 1994, y Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 9 de abril de 1996, radicación No. C-289, Consejero Ponente Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz) y el otro es la facultad que tienen los funcionarios de los distritos y municipios denominados Inspectores de Policía para adelantar juicios sumarios por perturbación de la posesión (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 2001, radicación No. 12915, Consejera Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez).

⁵⁷ Véase artículo 90 de la Ley 222 de 1995.

⁵⁸ El artículo 116 de la Constitución también permite que jurados conformados por particulares dicten justicia en procesos penales, como ocurría en Colombia hace varios años, pero el actual Código de Procedimiento Penal no los contempla.

2.2.2.3 DESCENTRALIZACIÓN DEL CONTROL FISCAL

La gestión de los bienes y recursos públicos se denomina gestión fiscal⁵⁹, y la vigilancia de esta gestión es lo que se conoce como control fiscal.

Si el control fiscal lo realiza una persona diferente a la Nación, estaremos ante un caso de descentralización del control fiscal, clase de descentralización que consiste en el otorgamiento de una función de control fiscal a una persona diferente a la Nación para que la cumpla en su propio nombre.

Los titulares de la función de control fiscal son la Contraloría General de la República⁶⁰, las contralorías departamentales, distritales y municipales⁶¹, y la Auditoría General de la República⁶².

La Contraloría General de la República y la Auditoría General de la República son órganos de la persona jurídica Nación, pero las contralorías departamentales, distritales y municipales son órganos de entidades territoriales (departamentos, distritos y municipios, respectivamente), luego, es evidente la descentralización territorial de la función de control fiscal, sin embargo, es posible que una función de control fiscal, descentralizada en una contraloría de una entidad territorial, pase a ser centralizada en cabeza de la Contraloría General de la República cuando ésta hace efectiva la competencia prevalente que le confiere el artículo 267 de la Constitución⁶³.

⁵⁹ El artículo 3o. de la Ley 610 de 2000 dispone: "Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales".

⁶⁰ Vigila la gestión fiscal de los bienes y recursos de la persona jurídica Estado y de las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional (véanse artículo 267 de la Constitución y Decreto-ley 267 de 2000).

⁶¹ Vigilan la gestión fiscal de los bienes y recursos de los departamentos, distritos y municipios y de las entidades descentralizadas por servicios del orden local (véanse artículo 272 de la Constitución, artículos 65 y siguientes de la Ley 42 de 1993, Ley 330 de 1996, y capítulo X de la Ley 136 de 1994).

⁶² Vigila la gestión fiscal de la Contraloría General de la República y de las contralorías departamentales, distritales y municipales (véanse artículo 274 de la Constitución, Decreto-ley 272 de 2000, artículo 62 de la Ley 610 de 2000 y sentencia C-1339 del 4 de octubre de 2000 proferida por la Corte Constitucional).

⁶³ Esta norma, en su inciso 3o., dispone: "En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial", y el artículo 63 de la Ley 610 de 2000 la reafirma diciendo: "La Contraloría General de la República tiene competencia prevalente para adelantar hasta su culminación los procesos de responsabilidad

Por otra parte, el inciso 2o. del artículo 267, el artículo 269, y el inciso 6o. del artículo 272 de la Constitución autorizan que, en casos especiales o excepcionales, sean “empresas privadas colombianas” las que realicen la vigilancia de la gestión fiscal, lo cual es, ni más y ni menos, que una descentralización por colaboración de la función de control fiscal⁶⁴.

2.2.2.4 DESCENTRALIZACIÓN DEL CONTROL DEL MINISTERIO PÚBLICO

La descentralización del control del Ministerio Público puede definirse como el otorgamiento de una función de control del Ministerio Público a una persona diferente a la Nación para que la cumpla en su propio nombre.

Según el artículo 118 de la Constitución, al Ministerio Público “corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas”, y es “ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley”, deduciéndose fácilmente que son por lo menos tres los órganos a los que les corresponde cumplir la función de control del Ministerio Público: la Procuraduría General de la Nación (el Procurador General de la Nación, los procuradores delegados y los agentes del Ministerio Público son funcionarios de ella), la Defensoría del Pueblo (el Defensor del Pueblo la encabeza) y las personerías municipales (los personeros municipales las dirigen).

La Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo son órganos de la Nación, mientras que las personerías municipales son órganos de las entidades territoriales denominadas municipios, luego, la función de control del Ministerio Público está descentralizada territorialmente, ya que los municipios cumplen dicha función a través de las personerías municipales⁶⁵.

fiscal que se originen como consecuencia del ejercicio de la facultad excepcional de control establecida en el artículo 267 de la Constitución Política”.

⁶⁴ La sentencia C-374 de 1995, señaló: “... el control fiscal constituye una actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado de servir a aquélla y de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a órganos específicos del Estado como son las Contralorías (nacional, departamental, municipal), aunque con la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública (art. 1o., 2o., 103, inciso 3 y 270 de la C.P.). Pero si bien el ejercicio del control fiscal es responsabilidad de las contralorías, ello no excluye la posibilidad de que excepcionalmente la vigilancia se realice por los particulares (inciso 2o. art. 267, *ibidem*)” (subrayas fuera de texto).

⁶⁵ El Consejo de Estado, manteniéndose apegado a la visión de las personerías que se tenía antes de la Constitución de 1991, aún no reconoce que las personerías dejaron de ser órganos administrativos y pasaron a ser órganos de control. En su sentencia AI-046 de fecha 18 de enero de 2000, proferida bajo ponencia del Consejero de Estado Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, la Sala

Ahora bien, ¿la función de control del Ministerio Público sólo es descentralizada porque en los municipios los personeros cumplen esa función? No, el artículo 118 de la Constitución expresa que el Ministerio Público es ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y agentes del Ministerio Público, y por los personeros municipales, pero también “por los demás funcionarios que determine la ley”, y la ley haciendo uso de esta facultad para determinar qué otros funcionarios cumplen la función de control del Ministerio Público, ha otorgado esta clase de función pública a funcionarios de entidades descentralizadas territorialmente diferentes del personero municipal⁶⁶, y a funcionarios de entidades descentralizadas por servicios.

En efecto, la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), en su artículo 2o., establece:

“Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias” (subrayas fuera de texto).

Como vemos, en los órganos de las ramas del poder público y en las entidades públicas descentralizadas existen funcionarios que ejercen un control disciplinario sobre otros funcionarios del mismo órgano o entidad, ya sea como superiores jerárquicos de éstos o como funcionarios de oficinas de control interno⁶⁷, y

Plena de ese alto tribunal manifestó que “las personerías integran la Administración Municipal”, posición jurídica que mereció el reparo de varios Consejeros de Estado que salvaron o aclararon su voto, entre ellos el Dr. Reynaldo Chavarro quien aclaró su voto señalando lo siguiente: “El artículo 113 de la Carta agrega a las tres clásicas ramas del poder público, otros órganos autónomos e independientes para atender las demás funciones del estado; entre ellos está el de ‘control’, que reúne a la Contraloría y al Ministerio Público.

“A su vez el artículo 118 de la misma Carta indica las entidades que desarrollan la función de Ministerio Público, que incluye a las personerías municipales, por lo que se deduce que la institución no está incorporada a la rama ejecutiva, y, en consecuencia no hace parte de la administración municipal”.

⁶⁶ Mientras que la Constitución sólo menciona los personeros municipales (véase artículo 118 de la Constitución), la Ley 136 de 1994 se refiere a ellos y a los personeros de las entidades territoriales denominadas distritos: los personeros distritales (véanse artículos 169 y siguientes de la Ley 136 de 1994).

⁶⁷ Refiriéndose al control disciplinario interno, el artículo 76 de la Ley 734 de 2002 señala: “Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias.

habiendo funcionarios que cumplen la función de control disciplinario del Ministerio Público en las entidades descentralizadas territorialmente (como el jefe de la oficina de control interno de una alcaldía) y en las entidades descentralizadas por servicios (como el jefe de la oficina de control interno de una superintendencia dotada de personería jurídica), es innegable la descentralización territorial y por servicios de esa función, aunque debe precisarse algo y es que dichas entidades, en lo que se refiere al control disciplinario, pueden ser desplazadas por la Procuraduría General de la Nación y las personerías municipales y distritales en virtud del poder disciplinario preferente (similar a la competencia prevalente que tiene la Contraloría General de la República frente a las contralorías de las entidades territoriales) reconocido a estos órganos por el artículo 3o. de la Ley 734 de 2002, el cual dispone:

“La Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas. Igualmente podrá asumir el proceso en segunda instancia.

“En virtud de la misma potestad, mediante decisión motivada, de oficio o a petición de cualquier persona, podrá avocar el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan internamente en las demás dependencias del control disciplinario. También se procederá en la misma forma cuando se desprenda del conocimiento de un proceso.

“La Procuraduría General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura son competentes a prevención para conocer, hasta la terminación del proceso, de las faltas atribuidas a los funcionarios de la rama judicial, salvo los que tengan fuero constitucional.

“En aquellas entidades u organismos donde existan regionales o seccionales, se podrán crear oficinas de control interno del más alto nivel, con las competencias y para los fines anotados.

“En todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario. En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia.

“Parágrafo 1o. La Oficina de Control Interno Disciplinario de la Fiscalía General de la Nación conocerá y fallará las investigaciones que se adelanten contra los empleados judiciales de la entidad. La segunda instancia será de competencia del señor Fiscal General de la Nación.

“Parágrafo 2o. Se entiende por oficina del más alto nivel la conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración.

“Parágrafo 3o. Donde no se hayan implementado oficinas de control interno disciplinario, el competente será el superior inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico de aquél”.

“Las personerías municipales y distritales tendrán frente a la administración poder disciplinario preferente”⁶⁸.

Tenemos entonces que la función de control disciplinario del Ministerio Público está descentralizada en entidades descentralizadas tanto territorialmente como por servicios⁶⁹, pero la Procuraduría General de la Nación puede centralizarla cuando este órgano de la Nación, invocando su poder disciplinario preferente, la asume en casos que en principio son competencia de esas entidades⁷⁰.

Las personerías municipales y distritales también gozan de poder disciplinario preferente (frente a los otros órganos de su municipio o distrito y frente a las entidades descentralizadas por servicios del orden local que su municipio o distrito ha creado), pero cuando ellas hacen valer ese poder disciplinario preferente, no centralizan la función de control disciplinario, ésta continúa descentralizada en una entidad territorial (el municipio o distrito al que pertenece a respectiva personería).

2.2.2.5 LAS DESCENTRALIZACIONES LEGISLATIVA Y ELECTORAL NO EXISTEN

La función legislativa, que como su nombre lo indica consiste en dictar leyes, está totalmente centralizada; siempre es un órgano de la Nación (el Congreso, generalmente, o la Presidencia de la República, excepcionalmente) quien la realiza.

Lo mismo sucede con la función electoral que sólo está asignada a órganos de la persona jurídica Nación (los que conforman la organización electoral: Consejo Nacional Electoral, Registraduría Nacional del Estado Civil y demás organismos establecidos por la ley⁷¹).

⁶⁸ Esta norma desarrolla el numeral 6o. del artículo 277 de la Constitución, el cual señala que una de las funciones del Procurador General de la Nación es: “Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”.

⁶⁹ Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-223 de 1995, precisó: “... el Ministerio Público tiene un carácter institucional en la Constitución que corresponde al órgano autónomo e independiente de control encargado de realizar específicas funciones estatales; pero es de anotar, que el Ministerio Público no se manifiesta e identifica como una entidad única, orgánica y funcionalmente homogénea, pues la variedad de las funciones que le han sido encomendadas están asignadas a los órganos institucionales y personales que se determinan en el art. 118”.

⁷⁰ Obviamente, si la Procuraduría General de la Nación en ejercicio de su poder disciplinario preferente se arroga la función de control disciplinario de otro órgano del Estado como él, simplemente estaría manteniendo centralizada esa función.

⁷¹ Véase artículo 120 de la Constitución.

En Colombia entonces no existen ni la descentralización legislativa, ni la descentralización electoral, ya que las funciones públicas legislativa y electoral sólo las cumple la persona jurídica Nación.

2.2.2.6 CONCLUSIÓN

En Colombia sólo son clases de descentralización por el tipo de función pública descentralizada, las siguientes: administrativa, judicial, del control fiscal, y del control del Ministerio Público⁷².

2.3 DEFINICIÓN DE DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA POR COLABORACIÓN

Como la descentralización administrativa por colaboración combina la descentralización administrativa y la descentralización por colaboración y estas dos clases de descentralización ya fueron definidas en este trabajo⁷³, puede conjugarse el comienzo de la definición de descentralización administrativa con el final de la definición de descentralización por colaboración para obtenerse una definición válida de descentralización administrativa por colaboración que es la siguiente: otorgamiento de una función administrativa a un particular (persona natural o jurídica de Derecho Privado) para que la cumpla en su propio nombre⁷⁴.

⁷² Como la función administrativa ya no es la única función pública descentralizada, la frase “centralización política y la descentralización administrativa”, que con tanta insistencia se repetía en la doctrina y la jurisprudencia durante la vigencia de la Constitución de 1886, ha perdido validez en el actual derecho colombiano.

⁷³ Véanse *supra*, numerales 2.1.2.1.1 y 2.2.2.1.

⁷⁴ Para el Dr. Jorge Enrique Ayala Caldas, la descentralización administrativa por colaboración “consiste en que personas privadas o particulares, naturales o jurídicas, prestan funciones administrativas en interés general o prestan un servicio público” (AYALA CALDAS, Jorge Enrique, *op. cit.*, p. 68).

3. CARACTERÍSTICAS DE LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA POR COLABORACIÓN

De la definición jurídica de descentralización administrativa por colaboración que acaba de exponerse se deducen las siguientes características: otorgamiento de una función administrativa, a quien se otorga la función administrativa es un particular, y cumplimiento de la función administrativa en nombre del particular.

Aparte de esas tres características, la descentralización administrativa por colaboración tiene otra característica: sometimiento del particular a control administrativo, característica que si bien no se deduce de su definición, debe incluirse por ser el control administrativo un control que está presente en toda clase de descentralización.

3.1 OTORGAMIENTO DE UNA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Esta característica parece ser sencilla de entender, pero no lo es, ya que involucra la función pública más compleja de todas: la función administrativa.

3.1.1 La función administrativa

Durante más de dos siglos la función administrativa ha sido el concepto en torno al cual se ha edificado el Derecho Administrativo, pero a pesar de haber transcurrido tanto tiempo, es desconcertante que la función administrativa siga siendo todavía uno de los conceptos más confusos de todo el Derecho y, tanto es así, que buena parte de los administrativistas evitan definirla y, en cambio, se contentan con identificarla.

Dos entonces son las clases de teorías que exponen los doctrinantes sobre el concepto función administrativa: las teorías de definición de la función administrativa y las teorías de identificación de la función administrativa.

3.1.1.1 TEORÍAS DE DEFINICIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Entre los administrativistas que definen la función administrativa no existe unanimidad, todos dan su propia definición. Revisemos entonces las definiciones de importantes autores nacionales y extranjeros y analicemos si alguna de ellas es adecuada.

3.1.1.1.1 Definiciones de función administrativa

3.1.1.1.1.1 AUTORES NACIONALES

a) Carlos Lleras de la Fuente, Carlos Adolfo Arenas Campos, Juan Manuel Charry Urueña y Augusto Hernández Becerra: “Debe entenderse por función administrativa aquella actividad que concreta la voluntad del Estado en el mundo fáctico, que aplica las normas jurídicas a los casos concretos”⁷⁵.

b) Jacobo Pérez Escobar: “Desde el punto de vista material, la función administrativa es la actividad del Estado encaminada a crear situaciones jurídicas concretas e individuales”⁷⁶.

c) Gustavo Humberto Rodríguez: “Es la forma de la actividad estatal realizada por la Administración en ejercicio del poder administrador, para dar cumplimiento o desarrollo a los cometidos estatales administrativos. Esa forma es práctica, concreta y continua. Concreta en hechos la actividad, estatal en cuanto requieren ejecución práctica”⁷⁷.

3.1.1.1.1.2 AUTORES EXTRANJEROS

a) Renato Alessi (Italia): La función “administrativa es la actividad concreta, dirigida, a través de una acción positiva, a la realización de los fines concretos de seguridad, progreso y bienestar de la colectividad”⁷⁸.

b) Roberto Dromi (Argentina): “Es la actividad desplegada por los órganos públicos en relación jerárquica (aspecto orgánico), para la ejecución concreta y práctica de los cometidos estatales (aspecto sustancial), que se hace efectiva (aspecto procesal) mediante actos y hechos jurídicos públicos”⁷⁹.

c) Héctor Jorge Escola (Argentina): “En sentido material u objetivo, es aquella función del Estado que en forma concreta, inmediata, continua, práctica y

⁷⁵ LLERAS DE LA FUENTE, Carlos; ARENAS CAMPOS, Carlos Adolfo; CHARRY URUEÑA, Juan Manuel; y HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto, *op. cit.*, p. 362.

⁷⁶ PÉREZ ESCOBAR, Jacobo, *op. cit.*, p. 431.

⁷⁷ RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto, *Derecho Administrativo General*, Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, 1995, p. 15.

⁷⁸ ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo I, 3a. edición, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1970, p. 7.

⁷⁹ DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 34.

normalmente espontánea, se lleva a cabo a fin de alcanzar, de manera directa, la realización de los cometidos estatales”⁸⁰.

d) Agustin Gordillo (Argentina): Es “toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales”⁸¹.

e) Enrique Sayagues Laso (Uruguay): Es “la actividad estatal que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos —que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos-condición— y operaciones materiales”⁸².

3.1.1.1.2 Análisis de las definiciones

3.1.1.1.2.1 DESDE EL PUNTO DE VISTA MATERIAL U OBJETIVO

Casi todos los administrativistas que intentan definir función administrativa utilizan la palabra actividad⁸³ acompañada de diversos adjetivos que consideran propios de esa función, y si digo que lo intentan es porque los adjetivos que utilizan nunca son lo suficientemente precisos para definir el concepto función administrativa.

En las citadas definiciones de función administrativa, salvo en dos (la de Gordillo y Sayagués Laso), aparece el adjetivo concreto (utilizado como concreta cuando el objeto que califica pertenece al género femenino), adjetivo que es definido por el Diccionario de la Real Academia Española de la siguiente manera: “Dicho de un objeto: Considerado en sí mismo, particularmente en oposición a lo abstracto y general, con exclusión de cuanto pueda serle extraño o accesorio”⁸⁴.

Cuando algunos administrativistas definen la función administrativa como una actividad concreta (Alessi, por ejemplo), es porque quieren afirmar que la función administrativa no es una actividad abstracta o general, sino particular o individual (Pérez Escobar utiliza este adjetivo), lo cual es un error.

⁸⁰ ESCOLA, Héctor Jorge, *op. cit.*, p. 14.

⁸¹ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 5a. edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, ps. 48 y 49 del Capítulo IX. Puede consultarse en la página web: <http://www.gordillo.com>.

⁸² SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, p. 46.

⁸³ Las citadas definiciones de función administrativa parten de la palabra actividad, salvo el argentino Héctor Jorge Escola, quien prefiere partir del concepto función del Estado.

⁸⁴ *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. edición, Real Academia Española, 2001. Puede consultarse en la página web: <http://www.rae.es>.

Si bien la gran mayoría de actos que resultan del ejercicio de la función administrativa son particulares o individuales, como el acto administrativo que nombra en un cargo de libre nombramiento y remoción a una determinada persona, hay también otros actos administrativos que no son particulares, sino generales, como el decreto reglamentario de una ley, el cual no está dirigido a una persona en particular sino a una generalidad de personas a las que el decreto cobija o puede llegar a cobijar.

En las definiciones citadas también se define la función administrativa como una actividad práctica (Rodríguez, Dromi, Escola y Sayagués Laso).

Práctico (o práctica si el objeto que califica es femenino) es un adjetivo que, según la definición de la Real Academia Española “comporta utilidad o produce provecho material inmediato”⁸⁵. Cabe entonces una aclaración similar a la que hice cuando analicé si la función administrativa es una actividad concreta: la función administrativa puede ser una actividad práctica, y las llamadas operaciones administrativas, que son “fenómenos jurídicos que consisten en la reunión de una decisión de la administración junto con su ejecución práctica”⁸⁶, no dejan duda al respecto, sin embargo, la función administrativa no siempre es práctica, también puede ser teórica, y un ejemplo son las ordenanzas que contienen Códigos Departamentales de Policía⁸⁷, ya que éstos códigos, tan teóricos como los códigos contenidos en leyes, establecen sanciones policivas que sólo llegan a ser prácticas si, además de ser impuestas en desarrollo de un procedimiento policivo, se hacen efectivas materialmente.

El artículo 31 del Código Departamental de Policía y Convivencia Ciudadana del Valle (ordenanza 145A del 9 de enero de 2002), por ejemplo, expresa la siguiente teoría: “Cuando entre vecinos se profieran ofensas de palabra u obra que causen escándalo o hagan temer la comisión de una conducta punible, el Alcalde o Autoridad Competente les impondrá multa de uno a tres (1 a 3) salarios mínimos legales diarios vigentes”, pero para que esta teoría sea llevada a la práctica, se necesita que un alcalde o autoridad competente adelante un procedimiento policivo, que éste proceso culmine con un acto administrativo que imponga la multa mencionada, y no sólo esto, que el vecino infractor pague la multa.

De acuerdo con lo anterior, serían inadmisibles ocho de las seis definiciones de función administrativa citadas anteriormente, pues utilizan los adjetivos concreto y práctico, los cuales, como ya se explicó, no sirven para definir la función administrativa, y si se salvan las definiciones de Gordillo y Sayagués Laso, desde

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Véase RODRÍGUEZ R, Libardo, *op. cit.*, p. 237.

⁸⁷ Estos códigos son expedidos de conformidad con el numeral 8o. del artículo 300 de la Constitución que dice: “Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas: “1. ...

“8. Dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal”.

el punto de vista material u objetivo, es simplemente porque esas definiciones parten de puntos de vista diferentes: los puntos de vista teleológico o finalístico, y orgánico o subjetivo⁸⁸.

3.1.1.1.2.2 DESDE EL PUNTO DE VISTA TELEOLÓGICO O FINALÍSTICO

Casi todos los autores que se aventuran a definir la función administrativa, mencionan en sus definiciones el fin que, según ellos, tiene esta función⁸⁹. Seguramente hacen esto tratando de ser más precisos pero, paradójicamente, lo que hacen es confundir más, pues más que fines propios de la función administrativa, lo que esos autores mencionan son fines de cualquier función pública.

Veamos. Para el italiano Renato Alessi el fin de la función administrativa es “la realización de los fines concretos de seguridad, progreso y bienestar de la colectividad”, pero, ¿la función administrativa es la única función pública que tiene como fin la realización de los fines concretos de seguridad, progreso y bienestar de la colectividad? Por supuesto que no. Del ejercicio de la función legislativa, por ejemplo, resultan leyes que siempre buscan el progreso y bienestar de la colectividad, y si bien la seguridad no siempre es el tema de una ley, no es difícil encontrar leyes que tienen por objeto la seguridad de la comunidad⁹⁰. El mismo comentario puede hacerse en relación con las funciones judicial, electoral, de control fiscal y de control del Ministerio Público.

⁸⁸ Massimo Severo Giannini también piensa que la función administrativa no puede definirse desde un punto de vista objetivo. Al respecto señala: “Hemos de admitir que una caracterización objetiva de la función administrativa no existe. Entiéndase bien, no es que no sea abstractamente concebible un derecho positivo que posea un canon de caracterización objetiva de tal función. Lo que ocurre es que históricamente un derecho positivo de estas características no ha existido ni existe. El análisis que hemos hecho respecto al derecho positivo italiano, si bien siguiendo la línea común que éste tiene con otros derechos positivos de la Europa continental, podría repetirse, e incluso salir reforzado, respecto a otros derechos positivos en particular aquellos angloamericanos y los países colectivistas.

“Si se examina, incluso, de modo más detenido la actividad administrativa de un Estado contemporáneo, y de los entes públicos y privados, auxiliares e independientes que, junto al Estado, componen el mundo que los sociólogos llaman de los ‘poderes públicos’ nos damos cuenta que la actividad misma no posee ni siquiera unidad, sino que se fracciona en un número notable funciones cada una de las cuales tiene caracteres jurídicos que la individualizan y, otras tienen sus caracteres técnicos propios. No es necesario estar versado en Derecho Administrativo para comprender cómo la administración de los asuntos internacionales, la del orden público y la de las obras hidráulicas operan con técnicas y con instrumentos muy diversos” (GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo*, Traducción: ORTEGA, Luis, Editorial de la obra original: Dott. A. Giuffré Editore, S.p.A., Milán, Editorial de la edición en español: Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1991, ps. 108-109).

⁸⁹ Entre las definiciones citadas en este trabajo, sólo la de Agustín Gordillo guarda silencio sobre el fin de la función administrativa.

⁹⁰ Un claro ejemplo es la Ley 733 de 2002 por la cual se dictaron “medidas tendientes a erradicar los delitos de secuestro, terrorismo y extorsión”.

Las definiciones de Dromi, Escola y Sayagués Laso, por su parte, coinciden al decir que el fin de la función administrativa es la realización o ejecución “de los cometidos estatales”.

Según Sayagués Laso, “las diversas actividades o tareas que tienen a su cargo las entidades estatales conforme al derecho vigente”⁹¹ son cometidos estatales⁹² que, en el caso de Colombia, serían los enumerados en el artículo 2o. de la Constitución pues, según este artículo, son fines o tareas del Estado las siguientes actividades: “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

No puede negarse que la función administrativa contribuye a la realización o ejecución de los fines, tareas o cometidos del Estado, pero tampoco puede negarse que las demás funciones públicas también lo hacen, luego, la realización o ejecución de los cometidos estatales no es un fin de la función administrativa sino de cualquier función pública. Quizás es por esto que Gustavo Humberto Rodríguez, en su definición de función administrativa, no habla de cometidos estatales sino de cometidos estatales administrativos, clasificando implícitamente los cometidos estatales en administrativos, legislativos, judiciales, etc., sin embargo, clasificar los cometidos estatales de esta forma no es lo indicado, ya que el ejercicio de una función pública debe procurar que los cometidos estatales se hagan realidad, sin distinguir si son administrativos, legislativos, judiciales, etc. Sostener lo contrario sería contradecir el artículo 113 de la Constitución que dice: “Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

Pasando al análisis de la definición de Carlos Lleras de la Fuente, Carlos Adolfo Arenas Campos, Juan Manuel Charry Urueña y Augusto Hernández Becerra. En ella se afirma que el fin de la función administrativa es aplicar “las normas jurídicas a los casos concretos”, por lo que vale la pena preguntarnos: ¿la función administrativa es la única función pública cuyo ejercicio conlleva la aplicación de normas jurídicas a casos concretos? Por supuesto que no. En ejercicio de la función judicial, por ejemplo, se dictan sentencias que aplican normas jurídicas a casos concretos.

⁹¹ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, p. 50.

⁹² La palabra cometido es utilizada como sinónimo de comisión o encargo (véase *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. edición, Real Academia Española, 2001. Puede consultarse en la página web: <http://www.rae.es>), luego, un cometido estatal, semánticamente, es una actividad para la cual ha sido comisionado o encargado el Estado.

Por último, queda el análisis de la definición de Jacobo Pérez Escobar según la cual el fin de la función administrativa es “crear situaciones jurídicas concretas e individuales”, definición que también se debe desestimar, ya que en ejercicio de la función administrativa se crean tanto situaciones jurídicas concretas e individuales como situaciones jurídicas abstractas y generales. El ejemplo, ya citado, de un acto administrativo por el cual se nombra un servidor público de libre nombramiento y remoción demuestra que mediante la función administrativa se crean situaciones jurídicas concretas e individuales, y el ejemplo, también citado, de un Código Departamental de Policía demuestra que mediante el ejercicio de esa función pueden crearse situaciones jurídicas abstractas y generales.

Tenemos entonces que las definiciones de función administrativa tampoco son acertadas desde el punto de vista teleológico o finalístico. No mencionan el fin o fines de la función administrativa, y en vez de esto, mencionan fines que pueden ser los de cualquier función pública, con lo cual abren el camino para que la función administrativa termine siendo confundida con otra u otras funciones públicas.

3.1.1.1.2.3 DESDE EL PUNTO DE VISTA ORGÁNICO O SUBJETIVO

Pero los intentos de definición de la función administrativa no sólo son inaceptables desde los puntos de vista material u objetivo, y teleológico o finalístico, también lo son desde el punto de vista orgánico o subjetivo.

Sólo una de las definiciones de función administrativa citadas en este trabajo guarda silencio sobre la titularidad de la función administrativa (Alessi), mientras que las demás definiciones atribuyen esa titularidad o al Estado (Lleras de la Fuente y otros, Pérez, Escola y Sayagués Laso), o a la Administración (Rodríguez), o a los órganos públicos en relación jerárquica (Dromi), o a los órganos administrativos, legislativos y jurisdiccionales (Gordillo).

Siendo que este trabajo precisamente se refiere a los particulares que cumplen funciones administrativas por parte de particulares, no queda otro camino que descalificar todas aquellas definiciones que se olvidan de los particulares y atribuyen exclusivamente al Estado, o a sus órganos, la titularidad de la función administrativa (la de Lleras de la Fuente y otros, la de Pérez, la de Escola, la de Sayagués Laso, la de Dromi y la de Gordillo), lo cual no significa que la definición del administrativista Gustavo Humberto Rodríguez sea acertada cuando afirma que la función administrativa es “realizada por la Administración”, pues esto es una tautología.

Como lo explica el administrativista italiano Massimo Severo Giannini, de la función administrativa solamente se puede hablar “en un sentido subjetivo: equivalente a aquél de actividad de la administración (organización)”, pero aclara:

“caracterizar la actividad de una entidad subjetiva (la administración-organización) por su pertenencia a la propia entidad subjetiva significa caer en una tautología: la realidad es, en efecto, que ‘función administrativa’ es una expresión verbal utilizada para describir el conjunto de funciones desarrolladas por la administración”⁹³.

Decir que la función administrativa es la función que realiza la Administración es entonces una tautología, como decir que vender es aquello que hace un vendedor, o que licuar es aquello que hace una licuadora, etc.

3.1.1.1.2.4 CONCLUSIÓN

Inicialmente, el principio de separación de poderes fue establecido de tal manera que cada una de las tres ramas del poder público cumpliera única y exclusivamente una determinada función pública: la rama legislativa sólo cumplía funciones legislativas, la rama judicial sólo cumplía funciones judiciales y la rama ejecutiva sólo cumplía funciones administrativas, y como la función administrativa sólo era realizada por la rama ejecutiva del Estado, podía definirse fácilmente como aquella función pública que realizaba la rama ejecutiva del poder público.

Posteriormente, los sistemas jurídicos evolucionaron y volvieron relativo el principio de separación de poderes, lo cual tuvo como consecuencia que la función administrativa perdiera el atributo que la diferenciaba de otras funciones públicas y que le permitía ser definida, ya que autoridades pertenecientes a ramas del poder público diferentes a la ejecutiva, e inclusive los particulares, comenzaron a cumplir funciones administrativas, y a su vez, funciones públicas diferentes a la administrativa empezaron a ser asignadas a la rama ejecutiva.

El concepto función administrativa entró en crisis y los administrativistas se vieron abocados a encontrar una nueva definición de función administrativa. Surgieron entonces dos importantes teorías: la teoría de los servicios públicos de León Duguit, y la teoría de las prerrogativas del poder público de Maurice Hauriou.

Mientras que la teoría de los servicios públicos de León Duguit proclamaba que la función administrativa tenía por objeto satisfacer necesidades de interés general⁹⁴, la teoría de Hauriou señalaba que la característica esencial de esa función era la utilización de prerrogativas propias del poder público⁹⁵, y aunque ambas teorías tuvieron innumerables seguidores, terminaron fracasando por la misma razón que

⁹³ GIANNINI, Massimo Severo, *op. cit.*, p. 109.

⁹⁴ Véase PALACIOS MEJÍA, Hugo, *El Derecho de los Servicios Públicos*, Derecho Vigente S.A., Bogotá, 1999, ps. 6 y ss.

⁹⁵ Sobre la teoría de las prerrogativas públicas de Maurice Hauriou, véase SANTOFIMIO G., Jaime Orlando, *op. cit.*, Tomo I, 3a. edición, ps. 100 y ss.

han fracasado, y siguen fracasando, todas las teorías de definición de la función administrativa: atribuyen a la función administrativa características que también son las de otras funciones públicas, pues todas las funciones públicas satisfacen necesidades de interés general⁹⁶ y en todas se utilizan prerrogativas propias del poder público.

Teniendo en cuenta lo anterior, no puede llegarse a otra conclusión: la campaña para encontrar una nueva definición de función administrativa no ha terminado y nunca acabará en Colombia mientras el sistema jurídico siga manteniendo la función administrativa sin una característica propia que la diferencie de las demás funciones públicas. Una definición describe algo por su género y su diferencia específica, y si bien la función administrativa es un género de función pública, actualmente no tiene una característica que sirva de diferencia específica en su definición.

3.1.1.2 TEORÍAS DE IDENTIFICACIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Quienes han tomado consciencia de la imposibilidad de definir la función administrativa, se han conformado con identificar cuando una función pública es administrativa, y para hacer esto se han ideado dos teorías: la teoría de identificación positiva o de los criterios y la teoría de identificación negativa o del descarte.

3.1.1.2.1 Teoría de identificación positiva o teoría de los criterios

Al analizar las diversas teorías de definición de la función administrativa, nos pudimos dar cuenta que la función administrativa no es definible porque no tiene una característica exclusiva que la distinga de las demás funciones públicas, sin embargo, existen características que muchas veces están presentes en una

⁹⁶ Al respecto, el profesor Hugo Palacios Mejía anota: “El concepto de ‘necesidades de interés general’ es muy impreciso. ¿Cuál es la diferencia entre un bien o servicio ‘necesario’ y un bien o servicio ‘útil’? ¿Quién tiene derecho, y por qué, a señalar esa diferencia? ¿Son ‘necesidades de interés general’ las que, de hecho, sentimos todos los hombres como, por ejemplo, respirar, alimentarnos o amar y ser amados? ¿O las que solo tenemos, de hecho, algunos hombres aunque, potencialmente, podrían tenerlas todos, como la de viajar en avión? ¿o son ‘necesidades de interés general’ las necesidades ‘colectivas’, esto es, las que tienen un conjunto de personas, como conjunto, así algunas personas individuales no las experimenten nunca, como, por ejemplo, la existencia de un sistema judicial? Siempre que adquirimos un bien o servicio lo hacemos para satisfacer alguna necesidad. Es lamentable, pues, que, partiendo de un concepto tan vago (‘necesidades de interés general’), se haya fundamentado el de ‘servicios públicos’ y, más aún, que a partir de éste se haya pretendido definir el derecho administrativo como ‘el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos’. Pero es más lamentable, aún, que multitud de juristas en muchos países, sigan haciendo eco a tan ligera construcción intelectual” (PALACIOS MEJIA, Hugo, *op. cit.*, ps. 7-8).

función administrativa, luego, si una función pública tiene alguna de esas características, es presumible que sea una función administrativa, y si tiene dos o más de esas características, puede presumirse aún más que es una función administrativa. Partiendo de este razonamiento, la teoría de identificación positiva o de los criterios presume que una función pública es administrativa si reúne características que generalmente están presentes en una función administrativa, y entre más de éstas características tenga una función pública, más fuerte es la presunción de que es una función administrativa.

Diversos criterios han sido ideados para estudiar una función pública y así obtener indicios sobre si es o no una función administrativa. El profesor Libardo Rodríguez Rodríguez expone los siguientes criterios⁹⁷:

3.1.1.2.1.1 CRITERIO ORGÁNICO O SUBJETIVO

Bajo este criterio se indaga quién es el titular de una función pública, y si ese titular resulta ser una autoridad perteneciente a la rama ejecutiva del poder público, este hecho se toma como indicio de que esa función es administrativa, ya que la función administrativa es la función principal de la rama ejecutiva del poder público.

3.1.1.2.1.2 CRITERIO MATERIAL U OBJETIVO

Con este criterio se analiza si una función pública produce un acto general o individual. Si el acto es individual, puede presumirse que es una función administrativa porque, generalmente, los actos administrativos dictados en ejercicio de una función administrativa son individuales.

3.1.1.2.1.3 CRITERIO JURISDICCIONAL

El Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez argumenta que este criterio sirve para diferenciar la función administrativa de la función legislativa, ya que “el acto sometido a la jurisdicción administrativa implica el ejercicio de la función administrativa, mientras que el acto sometido a la jurisdicción constitucional implica el ejercicio de la función legislativa”⁹⁸.

Como atrás se expuso, la Constitución de 1991 desprendió de la función administrativa tres funciones, la de control fiscal, la de control del Ministerio

⁹⁷ Véase RODRÍGUEZ R., Libardo, *op. cit.*, ps. 243 y ss.; y SANTOFIMIO G., Jaime Orlando, *op. cit.*, Tomo I, 3a. edición, ps. 46 y ss.

⁹⁸ RODRÍGUEZ R., Libardo, *op. cit.*, p. 247.

Público y la electoral, para que fueran tan independientes como la misma función administrativa, sin embargo, la Corte Constitucional, a pesar de haberles reconocido su independencia, ha dicho que los actos dictados en ejercicio de esas tres funciones son actos administrativos, y por ende, impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa⁹⁹.

Una función pública debe entonces descartarse como legislativa si su ejercicio implica la expedición de actos impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa, pero este hecho por si solo no significa que sea administrativa, ya que los actos expedidos en ejercicio de las funciones de control fiscal, de control del Ministerio Público y electoral, también son impugnables ante esa jurisdicción.

De todas formas, todos los actos administrativos que resultan del ejercicio de la función administrativa son demandables ante la jurisdicción administrativa, por tanto, si del ejercicio de una función pública resultan actos administrativos demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa, podría presumirse, en principio, que es una función administrativa, presunción que luego podría desvirtuarse si se encuentran indicios más fuertes de que es una función de control fiscal, de control del Ministerio Público o electoral.

3.1.1.2.1.4 CRITERIO JERÁRQUICO

Este criterio lo explica el Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez de la siguiente manera: "... un acto tendrá carácter legislativo si envuelve una aplicación o ejecución inmediatas de la Constitución, y tendrá un carácter administrativo si entraña una aplicación o ejecución de la ley. Dicho de otra manera, el acto será legislativo si debe respetar solamente la Constitución, y será administrativo si debe respetar la Constitución y la ley"¹⁰⁰.

Dos observaciones son pertinentes en relación con este criterio.

En primer lugar, los actos administrativos dictados en ejercicio de la función administrativa no siempre son inferiores jerárquicamente a una ley, ya que a veces, en ejercicio de esa función, se dictan actos administrativos no subordinados a una ley: los llamados decretos autónomos o constitucionales dictados por el Presidente de la República "en virtud de autorización directa de la Constitución Política"¹⁰¹.

⁹⁹ Véase Corte Constitucional, sentencia C-189 del 6 de mayo de 1998, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ R., Libardo, *op. cit.*, p. 255.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 337.

Y en segundo lugar, la inferioridad jerárquica frente a la ley no es un atributo exclusivo de los actos administrativos propiamente administrativos, pues esa inferioridad también puede encontrarse en los actos judiciales y en los actos administrativos electorales, de control fiscal, y de control del Ministerio Público.

De acuerdo con lo anteriormente comentado, el criterio jerárquico es útil para analizar una función pública mediante la cual se dictan actos que, desde el punto de vista jerárquico, sólo son inferiores a la Constitución; si estos actos son decretos autónomos, la función es administrativa; si no lo son, es legislativa. Pero tratándose del análisis de una función pública en virtud de la cual se expiden actos jerárquicamente inferiores a la Constitución y la ley, el criterio jerárquico es prácticamente inútil, pues lo único que permite deducir es que esa función no es legislativa, dejando en el aire la duda sobre si es administrativa, judicial, electoral, de control fiscal, o de control del Ministerio Público.

3.1.1.2.2 Teoría de identificación negativa o teoría del descarte

Hace tiempo, nadie vislumbraba que pudieran existir funciones públicas diferentes a las funciones legislativa, judicial y administrativa, y como las funciones legislativa y judicial se consideraban fáciles de identificar, a diferencia de la función administrativa, surgió una teoría para identificar esta función de la siguiente manera: se tomaba una función pública y se analizaba si podía catalogarse como judicial o legislativa, y si resultaba que esa función no era ni legislativa ni judicial, se consideraba que era administrativa, de ahí que Adolf Merkl, distinguido alumno de Hans Kelsen, resuma esa teoría diciendo: “La administración es aquella actividad del Estado que no es legislación ni justicia”¹⁰². Este peculiar concepto de función administrativa ha sido aceptado por la Corte Constitucional, la cual, en su sentencia C-189 del 6 de mayo de 1998, dictada bajo ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero, comentó:

“La doctrina jurídica ha tenido muchas dificultades para precisar qué se entiende por función administrativa por dos razones básicas. De un lado, por cuanto no es fácil diferenciarla de las otras tareas clásicas del Estado, a saber de la legislación y, en especial, de la función judicial con la cual comparte muchos rasgos. Por ejemplo, un autor de la talla de Kelsen —y en este punto es seguido por muchos otros doctrinantes—, ha sostenido que no existe materialmente ninguna diferencia entre la labor administrativa y la labor judicial pues ambas son la producción de una norma singular (sentencia o decisión administrativa) dentro del marco de posibilidades establecido por una norma general (ley). Para Kelsen, la diferencia entre la administración y la jurisdicción tiene razones históricas y no conceptuales, y se relaciona más

¹⁰² MERKL, Adolfo, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editora Nacional S.A., México, 1980, p. 13.

con la naturaleza de los órganos que ejecutan el derecho: la aplicación es administrativa si es desarrollada por funcionarios jerárquicamente organizados, mientras que es judicial si los aplicadores gozan de independencia funcional. Así las cosas, según estas corrientes, la única diferencia material que se puede establecer es entre la legislación, que consiste en crear normas generales y abstractas, y la ejecución, que produce normas individuales dentro de los marcos permitidos por la norma general. Por ello Kelsen concluye que la función administrativa sólo puede definirse residualmente, esto es, como aquella actividad del Estado que no es ni legislación ni jurisdicción”.

Como esta teoría de identificación de la función administrativa parte del supuesto de que sólo existen tres funciones públicas: la legislativa, la judicial y la administrativa, estrictamente, no podría aplicarse en Colombia porque en nuestro país, desde la Constitución de 1991, existen otras tres funciones públicas: la de control fiscal, la de control del Ministerio Público y la electoral, pero podría adecuarse indicándose que es función administrativa aquella función pública que no es ni legislativa, ni judicial, ni de control fiscal, ni de control del Ministerio Público, ni electoral.

Cierto es que la función administrativa es aquella función pública que no corresponde a una función pública diferente, tanto como decir que una pera es una fruta que no es manzana, naranja u otra fruta, el problema es que distinguir funciones públicas no es tan sencillo como distinguir frutas, mucho menos en Colombia donde existen funciones públicas que antes de la Constitución de 1991 hacían parte de la función administrativa (las funciones de control fiscal, de control del Ministerio Público y electoral).

3.1.1.2.3 Conclusión

Admitiéndose la imposibilidad de definir una función pública tan compleja como la función administrativa, la identificación de ésta es una alternativa válida.

Las dos teorías expuestas utilizan métodos diferentes para identificar cuando una función pública es administrativa. Una de ellas estudia una función pública a la luz de diversos criterios con el fin de determinar si tiene características que normalmente tiene una función administrativa, de ahí que la haya bautizado teoría de identificación positiva o de los criterios.

La otra teoría, en cambio, intenta identificar una función administrativa analizando si carece de características propias de otras funciones públicas; por esto la he llamado teoría de identificación negativa o del descarte.

Ahora bien, ¿cuál de las dos teorías es la correcta?

Ninguna de las teorías de identificación de la función administrativa está a salvo de crítica, pero esto no significa que sean totalmente equivocadas.

La teoría de identificación positiva o de los criterios presume que una función pública es administrativa sustentando esa presunción en el hecho de que tiene características que generalmente están presentes en una función administrativa, y si bien sus probabilidades de acierto son altas, no ofrece una efectividad del 100%.

Pasando a la teoría de identificación negativa o del descarte, su certeza tampoco está garantizada. Son seis funciones públicas las que existen en Colombia, y tener que identificar cinco de ellas para poder identificar la función administrativa, no es sencillo, especialmente, porque tres de esas funciones públicas, las funciones de control fiscal, de control del Ministerio Público y electoral, fueron segregadas de la función administrativa y por esto comparten muchos rasgos característicos con esta función.

A pesar de estas críticas, no es justo decir que las teorías de identificación de la función administrativa no sirven para nada. Si hay que decir si son buenas o malas, son más buenas que malas. Esas teorías defienden procedimientos de identificación de la función administrativa que, en teoría, no son infalibles, pero hay que ser conscientes que esos procedimientos, en la práctica, han cumplido eficazmente su misión de identificar funciones administrativas, y muestra de ello es que son poco frecuentes los casos en que se discute si una función pública es administrativa¹⁰³.

Además, el margen de error en la identificación de la función administrativa, que puede tener cada teoría, debe ser mucho menor si ambas teorías se combinan, pues no son teorías excluyentes entre sí, antes por el contrario, se complementan; intentan alcanzar el mismo objetivo (identificar cuando una función pública es administrativa) pero tomando caminos diferentes (una analiza si una función pública es administrativa, mientras que la otra analiza si no lo es).

Las teorías de identificación de la función administrativa, entonces, así sean criticables, son en la actualidad la mejor aproximación a lo que es la función administrativa.

¹⁰³ Hace varios años, por ejemplo, surgió una discusión sobre la clase de función pública que realiza el Presidente de la República al expedir decretos autónomos. Algunos decían que esos decretos eran leyes porque eran dictados en ejercicio de la función legislativa, mientras que otros decían que eran actos administrativos dictados en ejercicio de la función administrativa. Finalmente, la jurisprudencia concluyó que los decretos autónomos son actos administrativos y no porque lo fueran por definición (la función administrativa, como ya se dijo, no es definible), sino porque encontró que esos decretos tenían más características de actos administrativos que de leyes.

3.2 A QUIEN SE OTORGA LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA ES UN PARTICULAR

Como ya se explicó en este trabajo, los particulares o personas privadas son las personas naturales y las personas jurídicas de Derecho Privado, luego, toda función administrativa otorgada a estas personas es descentralizada administrativamente por colaboración.

Como parte de la explicación de esta característica, es procedente hacer las siguientes aclaraciones: en primer lugar, los particulares pueden cumplir funciones públicas de forma permanente o temporal, en segundo lugar, la autonomía patrimonial o financiera es un atributo de toda persona, por esto esa autonomía no es característica ni de la descentralización en general ni de la descentralización administrativa por colaboración, en tercer lugar, las sociedades de economía mixta desarrollan actividades privadas pero no por esto son ejemplo de descentralización administrativa por colaboración, y en cuarto lugar, algunas sociedades que antes se consideraban privadas ahora son de economía mixta debido a la sentencia C-953 de 1999 proferida por la Corte Constitucional.

3.2.1 Los particulares pueden cumplir funciones públicas de forma permanente o temporal

El artículo 123 de la Constitución señala: “La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas”. La lectura desprevenida de este artículo haría pensar que la Constitución sólo permite a los particulares el ejercicio de funciones públicas de forma temporal, sin embargo, la Corte Constitucional ha dejado en claro que ellos también pueden cumplir esas funciones de forma permanente.

Dijo la Corte Constitucional en su sentencia C-286 del 27 de junio 1996, dictada bajo ponencia del Dr. José Gregorio Hernández Galindo:

“La regla general, deducida del artículo 123 de la Constitución, es la de atribuciones apenas transitorias según lo que disponga el legislador: ‘La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas’.

“No obstante, ante la existencia de varias disposiciones constitucionales que hacen posible el ejercicio permanente de función pública por particulares —tales son los casos de los notarios (artículo 131 C.P.), de las autoridades indígenas en ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (artículo 246 C.P.) y de la prestación de servicios públicos (artículo 365 C.P.), entre otros—, no puede afirmarse que la temporalidad deducida

del enunciado artículo 123 de la Constitución sea regla absoluta y rígida que impida en cualquier caso el ejercicio de funciones públicas permanentes por personas privadas.

“Si ello es así, no podía el legislador ignorar la diversidad de posibilidades al fijar el ámbito del poder disciplinario en la Ley 200 de 1995. Haber atado el control correspondiente al ejercicio temporal de la función pública en el caso de personas privadas, a sabiendas de que la propia preceptiva constitucional propicia situaciones de ejercicio permanente, habría llevado al contrasentido de que precisamente ellas —y no las de actividad pública transitoria— quedaran fuera de todo control disciplinario.

“La Corte considera que el precepto acusado no está creando casos de actuación pública permanente a cargo de particulares —supuesto del cual parte el actor— sino reconociendo que, a la luz de la Constitución, ellas pueden darse y señalando como consecuencia la sujeción de quienes asuman su desempeño al régimen disciplinario que la Ley contempla”.

3.2.2 La autonomía patrimonial o financiera es un atributo de toda persona

Toda persona tiene atributos, entendiéndose por atributo “cada una de las calidades de un ser”¹⁰⁴.

La doctrina no es unánime al señalar el número de atributos de las personas, pues, como lo señala Jorge Angarita Gómez, “unos lo reducen a la sola capacidad, otros al nombre, estado civil y capacidad”¹⁰⁵, mientras que para él son seis los de las personas naturales (nombre, estado civil, domicilio, patrimonio, nacionalidad y capacidad) y cinco los de las personas jurídicas (los mismos atributos de las personas naturales salvo el estado civil, ya que éste hace alusión a la “relación de la persona con la familia y la jurídica no tiene familia”¹⁰⁶).

Admitiéndose que el patrimonio es un atributo de la personalidad, la autonomía patrimonial o financiera, que la mayoría de autores incluyen como una de las características de la descentralización¹⁰⁷, quedaría tácitamente reconocida al afirmarse que quien detenta la función pública descentralizada es una persona. Por tal razón, y para no caerse en una redundancia, debe descartarse la autonomía patrimonial o financiera como característica, tanto de la

¹⁰⁴ ANGARITA GÓMEZ, Jorge, *op. cit.*, p. 105.

¹⁰⁵ *Ibidem.*

¹⁰⁶ *Ibidem.*

¹⁰⁷ Véanse, entre otros, RODRÍGUEZ R., Libardo, *op. cit.*, ps. 57 y 59; y POLO FIGUEROA, Juan Alberto, *op. cit.*, p. 112.

descentralización en general, como de la descentralización administrativa por colaboración.

3.2.3 Las sociedades de economía mixta desarrollan actividades privadas pero no por esto son ejemplo de descentralización administrativa por colaboración

Las sociedades de economía mixta han sido concebidas para desarrollar actividades industriales y comerciales conforme al Derecho Privado, pero esto no significa que sean personas jurídicas de Derecho Privado; simplemente son personas jurídicas de Derecho Público, más específicamente entidades descentralizadas por servicios, que desarrollan actividades de carácter privado, por consiguiente, las funciones administrativas que cumplen excepcionalmente¹⁰⁸, no son un ejemplo de descentralización administrativa por colaboración sino de descentralización administrativa por servicios¹⁰⁹.

3.2.4 Algunas sociedades que antes se consideraban privadas pasaron a ser de economía mixta debido a la sentencia C-953 de 1999 proferida por la Corte Constitucional

El inciso 2o. del artículo 97 de la Ley 489 de 1998 establecía que una sociedad de economía mixta sólo lo era si en ella participaban entidades públicas en una proporción igual o superior al cincuenta por ciento (50%)¹¹⁰, sin embargo, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-953 de 1999, declaró inexecutable ese inciso fundamentando su decisión de la siguiente manera:

“En el aparte acusado del artículo en mención, se establece que para que una sociedad pueda ser calificada como de economía mixta, el ‘aporte

¹⁰⁸ El inciso 1o. del artículo 97 de la Ley 489 de 1998 establece: “Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley”.

¹⁰⁹ Las sociedades de economía mixta son, y siempre han sido, entidades descentralizadas por servicios (véase artículo 38 de la Ley 489 de 1998), por esto es un error afirmar que esas sociedades son un ejemplo de descentralización por colaboración como lo asegura el Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, quien al explicar la descentralización por colaboración afirma: “En Colombia, la (sic) sociedades de economía mixta... pertenecen, sin duda, a este tipo de descentralización por colaboración” (POLO FIGUEROA, Juan Alberto, *op. cit.*, p. 117).

¹¹⁰ El inciso 2o. del artículo 97 de la Ley 489 de 1998 señalaba: “Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado”.

estatal... no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado', condición esta que a juicio del actor quebranta los artículos 150, 300, 313 y transitorio 20 de la Constitución.

“Para sustentar la acusación así formulada, el actor recuerda que al momento de entrar en vigencia la Constitución de 1991 el Código de Comercio y el Decreto 1050 de 1968 regulaban lo concerniente a las sociedades de economía mixta. En consecuencia, los artículos 150, 300, 313 y transitorio 20 de la nueva Carta Política, acogieron la definición legal de aquellas sociedades, es decir, que no era indispensable para su existencia la condición de que su capital no fuese inferior, en cuanto a aporte estatal al mismo, en un cincuenta por ciento (50%). La referencia que el artículo 466 del Código de Comercio sobre el particular establecía, era en sentido diferente ‘cuando la participación estatal excediera de ese porcentaje, a las autoridades de derecho público no se les aplicaría la restricción de voto del veinticinco por ciento (25%)’, de que para entonces se hablaba en el numeral 1 del artículo 428 del mismo Código, norma que posteriormente fue derogada por el artículo 242 de la Ley 222 de 1995.

“Por consiguiente, son sociedades de economía mixta, conforme a la Constitución de 1991, ‘todas las que se creen por ley o cuya creación sea autorizada por esta, siempre y cuando haya, al momento de constituirse, aportes de capital público y privado’, razón esta por la cual el aparte acusado del inciso segundo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, viola las normas constitucionales a que se ha hecho referencia”¹¹¹.

Como consecuencia de lo anterior, es sociedad de economía mixta toda sociedad en la que la Nación o cualquier otra entidad pública tenga participación, sin importar el porcentaje de esta participación¹¹², por tanto, si una sociedad cumple una función pública, será descentralizada por colaboración si es completamente ajena a la participación de una entidad pública, y será descentralizada por servicios si alguna entidad pública tiene participación en ella¹¹³.

¹¹¹ Por estas mismas razones podría declararse inexecutable el numeral 14.6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, pues esta norma define empresa de servicios públicos mixta como “aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%”.

¹¹² El Dr. Francisco Reyes Villamizar anota que, debido a la inexecutable del inciso 2o. del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, “en la actualidad sigue siendo aplicable el artículo 461 del Código de Comercio, según el cual, basta que el Estado participe en cualquier porcentaje en la sociedad para que esta sea considerada como de economía mixta” (REYES VILLAMIZAR, Francisco, *Derecho Societario*, Tomo I, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2002, p. 42).

¹¹³ Recuérdese que las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas por servicios.

3.3 CUMPLIMIENTO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN NOMBRE DEL PARTICULAR

Toda persona natural o jurídica tiene una voluntad. Generalmente las personas manifiestan su voluntad por sí mismas pero en ocasiones no pueden hacerlo, o no quieren hacerlo, o no es conveniente que lo hagan, razones por las cuales la ley les ha permitido, e inclusive exigido (a los disipadores por ejemplo), que su voluntad se manifieste por intermedio de otras personas, fenómeno conocido jurídicamente como representación¹¹⁴.

Para que haya descentralización administrativa por colaboración, es necesario que el particular cumpla, en su propio nombre, la función administrativa que se le otorga. Si no es así, es decir, si el particular recibe la función pero para cumplirla en nombre de otra persona pública o privada, nos encontraremos ante un caso, no de descentralización, sino de representación¹¹⁵.

3.4 SOMETIMIENTO DEL PARTICULAR A CONTROL ADMINISTRATIVO

Las funciones administrativas en Colombia, y en cualquier otro Estado, son innumerables, y si sólo fuera un funcionario el encargado de cumplirlas el caos del Estado sería inimaginable. Es por esta razón que el inciso 1o. del artículo 209 de la Constitución autoriza expresamente que la función administrativa sea distribuida mediante las figuras de la desconcentración, la delegación, y la descentralización, autorización que, si bien es fundamental para que la función administrativa se cumpla con eficiencia, celeridad y economía, conlleva un riesgo, y es que las autoridades administrativas descentralizadas, desconcentradas y delegadas utilicen la autonomía que se les otorga para cumplir determinadas funciones administrativas entorpeciendo la labor de las autoridades que les han descentralizado, delegado o desconcentrado esas funciones.

¹¹⁴ El artículo 1505 del Código Civil se refiere a la representación en los siguientes términos: “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”.

¹¹⁵ A la característica que acaba de explicarse, la Ley 489 de 1998 y la generalidad de administrativistas la denominan “autonomía administrativa”, mientras que el ex Consejero de Estado Juan Alberto Polo Figueroa prefiere llamarla “autonomía orgánica” definiéndola como la capacidad legal para “decidir, con facultad propia, en los asuntos o negocios que les han sido confiados” (POLO FIGUEROA, Juan Alberto, *op. cit.*, p. 112).

Consciente de ese riesgo, el inciso 2o. del artículo 209 de la Constitución, agrega:

“Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

3.4.1 El control administrativo

Según el inciso 2o. del artículo 209 de la Constitución, que acaba de citarse, las actuaciones de las autoridades administrativas deben ser coordinadas, y para hacer efectiva esta coordinación es que existe el control administrativo al que se refieren los artículos 103 y siguientes de la Ley 489 de 1998¹¹⁶.

El control administrativo puede ser personal o decisorio. Es personal si recae sobre la persona o las personas que actúan como autoridades controladas, y es decisorio si recae sobre las decisiones de la autoridad controlada.

Según se trate de desconcentración, delegación o descentralización, el control administrativo se manifiesta de diversas maneras.

3.4.2 Clases de control administrativo

3.4.2.1 EL CONTROL ADMINISTRATIVO EN LA DESCONCENTRACIÓN

A este control también se le llama control jerárquico porque, precisamente, es un control que se deriva del poder jerárquico que tiene una autoridad administrativa sobre cualquier otra autoridad administrativa desconcentrada respecto de ella.

3.4.2.1.1 El control administrativo personal en la desconcentración

Por el control administrativo personal, las autoridades administrativas pueden nombrar o remover a sus subalternos.

¹¹⁶ El artículo 104 de la Ley 489 de 1998, refiriéndose a la orientación y finalidad del control administrativo dispone: “El control administrativo que de acuerdo con la ley corresponde a los ministros y directores de los departamentos administrativos se orientará a constatar y asegurar que las actividades y funciones de los organismos y entidades que integran el respectivo sector administrativo se cumplan en armonía con las políticas gubernamentales, dentro de los principios de la presente ley y de conformidad con los planes y programas adoptados”.

La doctrina, desde hace mucho tiempo, ha señalado que el poder disciplinario también es una expresión del control jerárquico que tiene una autoridad administrativa sobre sus subalternos¹¹⁷, pero esto es algo que, actualmente, no se puede sostener. Como atrás se explicó, desde la Constitución de 1991 la función de control disciplinario se encuentra enmarcada en la función de control del Ministerio Público, y si ya no es parte de la función administrativa, no se le puede seguir considerando una forma de control administrativo.

3.4.2.1.2 El control administrativo decisorio en la desconcentración

Dos son los poderes reconocidos a las autoridades administrativas para que puedan controlar las actuaciones de sus subalternos: el poder de instrucción, mediante el cual pueden impartir órdenes o instrucciones para encauzar las decisiones de sus subalternos, y el poder de revisión para adicionar, modificar o revocar los actos administrativos de sus subalternos de conformidad con el Código Contencioso Administrativo y demás normas aplicables.

3.4.2.2 EL CONTROL ADMINISTRATIVO EN LA DELEGACIÓN

También en la delegación, el control administrativo puede ser o personal, o decisorio.

3.4.2.2.1 El control administrativo personal en la delegación

En virtud del control administrativo personal, un delegante puede elegir sus delegados¹¹⁸ o prescindir de estos en cualquier momento revocándoles la delegación.

3.4.2.2.2 El control administrativo decisorio en la delegación

Al igual que en la desconcentración, en la delegación el control administrativo decisorio se realiza mediante los poderes de instrucción y revisión.

Por el poder de instrucción, las autoridades administrativas delegantes pueden impartir orientaciones a sus delegados¹¹⁹, y por el poder de revisión pueden

¹¹⁷ Véase RODRÍGUEZ R., Libardo, *op. cit.*, p. 64; y PENAGOS, Gustavo, *op. cit.*, p. 310 y ss.

¹¹⁸ Véanse el inciso 1o. del artículo 211 de la Constitución y el artículo 9o. de la Ley 489 de 1998.

¹¹⁹ Al respecto el inciso 2o. del artículo 10 de la Ley 489 de 1998 dispone: "El Presidente de la República, los ministros, los directores de departamento administrativo y los representantes legales de entidades descentralizadas deberán informarse en todo momento sobre el desarrollo de las

adicionar, modificar o revocar los actos administrativos que dictan sus delegados¹²⁰.

3.4.2.3 EL CONTROL ADMINISTRATIVO EN LA DESCENTRALIZACIÓN

Sobre el control administrativo en la descentralización, también llamado control de tutela, dijo la sentencia C-727 de 2000 proferida por la Corte Constitucional:

“La descentralización es una forma de organización administrativa propia de los Estados de forma unitaria, que atenúa la centralización permitiendo la transferencia de competencias a organismos distintos del poder central, que adquieren autonomía en la gestión de las respectivas funciones. No obstante, esta transferencia no implica la ruptura total del vínculo entre el poder central y la entidad descentralizada, sino que, en aras de garantizar el principio de coordinación que gobierna la función administrativa (artículo 209 superior), dicho vínculo permanece vigente a través del llamado control de tutela, existente en nuestra organización administrativa respecto de los entes funcionalmente descentralizados, con definidos perfiles jurídicos, desde la reforma constitucional y administrativa operada en 1968”.

“De esta manera, la autonomía para la gestión de los asuntos que son de competencia de los entes funcionalmente descentralizados no es absoluta, sino que se ejerce dentro de ciertos parámetros que de un lado emanan de la voluntad general consignada en la ley, y de otro surgen de la política general formulada por el poder central”¹²¹.

Veamos a continuación como el control administrativo se manifiesta en las descentralizaciones por servicios, territorial y por colaboración.

delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las funciones delegadas”.

¹²⁰ El poder de revisión en la delegación es regulado por los incisos 2o. y 3o. del artículo 211 de la Constitución de la siguiente manera: “La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.

“La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios”.

En concordancia con estos incisos, el artículo 12 de la Ley 489 de 1998 establece: “Los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas.

“La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política, la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo”.

¹²¹ Corte Constitucional, sentencia C-727 del 21 de junio de 2000, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

3.4.2.3.1 El control administrativo en la descentralización por servicios

3.4.2.3.1.1 EL CONTROL ADMINISTRATIVO PERSONAL EN LA DESCENTRALIZACIÓN POR SERVICIOS

Por este control administrativo personal, funcionarios del Gobierno Nacional cuentan con diversas facultades en relación con las entidades descentralizadas por servicios. Estas facultades son las siguientes:

a) La facultad del Presidente de la República de nombrar directivos de entidades descentralizadas por servicios, como directores, gerentes o presidentes de establecimientos públicos¹²²; miembros de consejos directivos de establecimientos públicos¹²³; gerentes o presidentes de empresas industriales y comerciales del Estado¹²⁴; miembros de juntas directivas de empresas industriales y comerciales del Estado¹²⁵; y superintendentes y directores de superintendencias y unidades administrativas especiales que pertenecen al sector descentralizado por estar dotadas de personería jurídica¹²⁶.

b) La facultad de ministros y directores de departamento administrativo de ser parte de los órganos directivos de entidades descentralizadas por servicios, como los consejos directivos de establecimientos públicos¹²⁷ y juntas directivas de empresas industriales y comerciales del Estado¹²⁸, que inclusive presiden¹²⁹.

¹²² Véase numeral 13 del artículo 189 de la Constitución y artículo 77 de la Ley 489 de 1998.

¹²³ Un ejemplo es el Consejo Directivo Nacional de la Escuela Superior de Administración Pública —ESAP—. Uno de sus miembros es designado por el Presidente de la República de conformidad con el literal c) del artículo 6o. del Decreto 219 de 2004.

¹²⁴ Véase artículo 77 de la Ley 489 de 1998.

¹²⁵ El artículo 9o. de la Ley 401 de 1997, por ejemplo, establece que cinco de los miembros de la junta directiva de la empresa industrial y comercial del Estado denominada Empresa Colombiana de Gas —ECOGAS— sean nombrados por el Presidente de la República.

¹²⁶ Sólo las superintendencias y unidades administrativas especiales con personería jurídica son entidades descentralizadas por servicios. Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica son organismos desconcentrados (véase literal c) del numeral 2o. del artículo 38 y artículo 68 de la Ley 489 de 1998).

¹²⁷ El Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA— es un establecimiento público y tiene un consejo directivo nacional del cual hacen parte tres ministros (véase artículo 7o. de la Ley 119 de 1994).

¹²⁸ El Fondo Nacional del Ahorro —FNA— es una empresa industrial y comercial del Estado, y su junta directiva, por disposición del artículo 15 de la Ley 432 de 1998, está conformada por doce miembros de los cuales cuatro son ministros y uno es director de departamento administrativo.

¹²⁹ Véase inciso 3o. del artículo 73 de la Ley 489 de 1998 e inciso 1o. del artículo 89 de la Ley 489 de 1998.

3.4.2.3.1.2 EL CONTROL ADMINISTRATIVO DECISORIO EN LA DESCENTRALIZACIÓN POR SERVICIOS

Diversas decisiones de las entidades descentralizadas por servicios están sujetas a control administrativo:

a) Control administrativo sobre decisiones relacionadas con la planta de personal

Las entidades descentralizadas por servicios no son autónomas para determinar su planta de personal; el Gobierno Nacional es quien debe aprobarla de conformidad con el inciso 1o. del artículo 115 de la Ley 489 de 1998.

b) Control administrativo sobre decisiones relacionadas con el presupuesto

Las entidades descentralizadas por servicios tampoco son autónomas para aprobar sus presupuestos. Al respecto el artículo 105 de la Ley 489 de 1998 establece:

“El control administrativo sobre las entidades descentralizadas no comprenderá la autorización o aprobación de los actos específicos que conforme a la ley compete expedir a los órganos internos de esos organismos y entidades.

“No obstante, se exceptúa de esta regla el presupuesto anual, que debe someterse a los trámites y aprobaciones señalados en la Ley Orgánica de Presupuesto”.

c) Control administrativo sobre decisiones relacionadas con planes y programas

El artículo 107 de la Ley 489 de 1998 permite que la Nación y las entidades territoriales ejerzan control administrativo sobre sus entidades descentralizadas por servicios celebrando con éstas convenios para la ejecución de planes y programas a los cuales deben sujetar sus actividades.

De conformidad con el artículo 106 de la Ley 489 de 1998, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta deben controlarse administrativamente mediante esos convenios.

Los convenios de desempeño, previstos por el artículo 108 de la Ley 489 de 1998, también sirven para controlar administrativamente entidades descentralizadas por servicios, pero sólo a las que se encuentran en una situación financiera difícil. En esos convenios la Nación o una entidad territorial ofrece recursos a alguna entidad descentralizada por servicios con problemas financieros condicionándolos al cumplimiento de unos objetivos y programas encaminados a la solución de esos problemas.

d) El control administrativo decisorio no esta destinado a ser aplicado a las entidades descentralizadas indirectas ni a las filiales de empresas industriales y comerciales del Estado o de sociedades de economía mixta

El artículo 109 de la Ley 489 de 1998 señala:

“El control administrativo sobre las actividades y programas de las entidades descentralizadas indirectas se ejercerá mediante la intervención de los representantes legales de los organismos y entidades participantes o sus delegados, en los órganos internos de deliberación y dirección de la entidad.

“Igual regla se aplicará en relación con las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta”.

3.4.2.3.2 El control administrativo en la descentralización territorial

El Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez manifiesta: “El control de tutela que el Estado ejerce sobre las entidades descentralizadas territorialmente está generalmente en manos del Congreso y del gobierno. El primero, mediante la regulación legal de las actividades que son objeto de descentralización hacia las entidades territoriales. El segundo, por medio del ejercicio del poder reglamentario respecto de esa misma regulación legal”¹³⁰.

Como vemos, el control de tutela sobre las entidades territoriales es ante todo “legislativo” aunque también puede ser “administrativo personal” como se explica a continuación.

3.4.2.3.2.1 EL CONTROL ADMINISTRATIVO PERSONAL EN LA DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL

El control administrativo personal de la Nación respecto de las entidades territoriales se manifiesta en la facultad que tiene el Presidente de la República de suspender o destituir al alcalde del Distrito Capital de Bogotá o a los gobernadores¹³¹, y designar sus reemplazos en los casos de falta absoluta o suspensión¹³².

¹³⁰ RODRÍGUEZ R., Libardo, *op. cit.*, p. 65.

¹³¹ Véanse los incisos 1o. del artículo 304 y 3o. del artículo 314 de la Constitución, y los artículos 104 y 105 de la Ley 136 de 1994.

¹³² Véase inciso 1o. del artículo 106 de la Ley 136 de 1994.

3.4.2.3.2.2 EL CONTROL ADMINISTRATIVO DECISORIO NO EXISTE EN LA DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL

Este control administrativo decisorio es inexistente respecto de las entidades territoriales. Ninguna autoridad administrativa de la Nación tiene poder de instrucción sobre autoridades administrativas pertenecientes a entidades territoriales, ni mucho tiene poder de revisión para adicionar, revocar o reformar los actos administrativos dictados por esas autoridades.

3.4.2.3.3 Control administrativo en la descentralización por colaboración

3.4.2.3.3.1 EL CONTROL ADMINISTRATIVO PERSONAL EN LA DESCENTRALIZACIÓN POR COLABORACIÓN

El control administrativo personal en la descentralización por colaboración se manifiesta por la presencia de funcionarios o representantes del Gobierno Nacional en los órganos directivos de entidades privadas encargadas de cumplir funciones administrativas.

Un ejemplo muy claro son las juntas directivas de las cámaras de comercio, las cuales, de acuerdo con el artículo 80 del Código de Comercio, deben estar integradas hasta en una tercera parte por representantes del Gobierno Nacional.

Otra manifestación del control administrativo personal en la descentralización por colaboración esta contenida en el artículo 3o. de la Ley 588 de 2000. Según este artículo, los notarios son nombrados por el Gobierno Nacional.

3.4.2.3.3.2 EL CONTROL ADMINISTRATIVO DECISORIO EN LA DESCENTRALIZACIÓN POR COLABORACIÓN

Para garantizar que las funciones administrativas encomendadas a los particulares se cumplan como es debido, existen controles; normalmente son los controles fiscal¹³³ y del Ministerio Público¹³⁴, pero en algunos casos, el control es administrativo decisorio.

¹³³ El artículo 1o. de la Ley 610 de 2000 dispone: “El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado” (subrayas fuera de texto), lo cual es coherente con el artículo 267 de la Constitución que dice: “El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación” (subrayas fuera de texto).

Un ejemplo de control administrativo decisorio en la descentralización por colaboración, es el establecido por el artículo 124 de la Ley 6a. de 1992. Dispone este artículo:

“El Gobierno Nacional fijará el monto de las tarifas que deban sufragarse en favor de las cámaras de comercio por concepto de las matrículas, sus renovaciones e inscripciones de los actos, libros y documentos que la ley determine efectuar en el registro mercantil, así como el valor de los certificados que dichas entidades expidan en ejercicio de sus funciones.

“Para el señalamiento de los derechos relacionados con la obligación de la matrícula mercantil y su renovación, el Gobierno Nacional establecerá tarifas diferenciales en función del monto de los activos o del patrimonio del comerciante, o de los activos vinculados al establecimiento de comercio, según sea el caso”¹³⁵.

Como vemos, las cámaras de comercio, que están encargadas de “llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos” (numeral 3o. del artículo 86 del Código de Comercio), no son autónomas para fijar

Sobre el ejercicio de la función de control fiscal respecto de los particulares que cumplen funciones administrativas, véase Corte Constitucional, sentencia C-167 del 20 de abril de 1995, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

¹³⁴ Señala el artículo 53 del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002): “El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.

“Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva” (subrayas fuera de texto).

Véanse las sentencias de la Corte Constitucional C-286 de 1996, C-181 de 2002 y C-037 de 2003 relacionadas con el control del Ministerio Público sobre los particulares que cumplen funciones administrativas.

¹³⁵ Este artículo precisamente lo citó la Corte Constitucional, en su sentencia C-167 de 1995, como un ejemplo de los múltiples controles que ejerce el Estado sobre los particulares que cumplen funciones públicas. Se dijo en esa sentencia: “El cumplimiento por parte de las personas jurídicas privadas de actividades originalmente reservadas al Estado y delegadas por éste, mediante habilitación legal, como atribuciones del poder público, genera la existencia correlativa de controles especiales, de los cuales es titular la organización estatal; ellos pueden manifestarse, por ejemplo, en la injerencia del Estado en los órganos de dirección y decisión de la entidad y en la sujeción a estatutos legales o el sometimiento de ciertos actos a aprobación y revisión por parte de instancias estatales, como el ejercicio del control fiscal de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación.

“La función pública en las condiciones previstas en la ley implica que los recursos económicos provenientes de estas funciones tienen el carácter de fondos públicos, sujetos a controles específicos, así es como, verbigracia, la Ley 6a. de 1992 faculta al Gobierno Nacional para fijar el monto de las tarifas que deben sufragarse en favor de las Cámaras de Comercio por concepto de las matrículas, sus derivaciones e incorporaciones de los actos, libros y documentos en el registro mercantil”.

el monto de las tarifas que cobran por cumplir esa función; es el Gobierno Nacional quien las fija, en virtud del citado artículo 124 de la Ley 6a. de 1992.

3.4.2.3.3 CONTROL ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE LOS PARTICULARES INVESTIDOS DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS MEDIANTE ACTO ADMINISTRATIVO

En el caso de los particulares a los que se les otorgan funciones administrativas por acto administrativo, como lo permite el artículo 111 de la Ley 489 de 1998¹³⁶, el artículo 114 de esta misma ley establece un control administrativo especial en los siguientes términos:

“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”.

3.4.2.3.4 Excepcionalmente, el poder de revisión hace parte del control administrativo en la descentralización

El poder de revisión, es decir, el poder de una autoridad pública para adicionar, modificar o revocar la decisión de otra autoridad, es un mecanismo típico de control jerárquico pero, excepcionalmente, también puede ser un mecanismo de control de tutela. En esto está de acuerdo la Corte Constitucional que en su sentencia C-727 de 2000 explicó: “..., el control de tutela usualmente comporta el doble aspecto de la legalidad y la oportunidad de la actuación administrativa. Diversos mecanismos hacen posible ejercer este doble control, como pueden ser, entre otros, la capacidad nominadora de las autoridades centrales respecto de los cargos directivos en la entidad descentralizada, la presencia de representantes de este poder en los órganos directivos del ente funcionalmente descentralizado, la operancia del recurso de apelación por la vía gubernativa, el mecanismo del veto mediante la exigencia del voto favorable de la autoridad central, o los demás que el legislador en su libertad configurativa determine o se establezcan en los estatutos de las respectivas entidades” (subrayas fuera de texto).

Una entidad pública sólo puede revisar la decisión de una entidad descentralizada si una norma jurídica expresamente se lo permite. Al respecto el ex Consejero de Estado Manuel Urueta Ayola hizo una aclaración de voto señalando: “La facultad de revocar o reformar un acto es una facultad que puede encontrarse presente, tanto en el control de tutela como en el control jerárquico, con la diferencia de que

¹³⁶ Más adelante veremos que esta ley permitió entregar funciones administrativas a los particulares mediante acto administrativo.

en la primera hipótesis debe estar expresamente prevista en la ley, lo que no sucede en la segunda, ya que se trata de una facultad comprendida, sin necesidad de consagración expresa, en el control jerárquico”¹³⁷.

Ejemplos de normas que expresamente permiten a entidades públicas resolver recursos de apelación contra actos administrativos de otras entidades que son descentralizadas, son los siguientes:

a) ARTICULO 94 DEL CODIGO DE COMERCIO: De acuerdo con este artículo, es la Superintendencia de Industria y Comercio la competente para resolver recursos de apelación interpuestos contra actos administrativos dictados por cámaras de comercio.

b) ARTICULO 159 DE LA LEY 142 DE 1994: Permite que los actos administrativos dictados por el gerente o representante legal de una empresa de servicios públicos¹³⁸ sean apelados ante la Superintendencia de Servicios Públicos.

¹³⁷ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 16 de julio de 1998, expediente No. 2779, Consejero Ponente Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, aclaración de voto del Consejero Dr. Manuel S. Urueta Ayola.

¹³⁸ Si una empresa de servicios públicos es pública o mixta, es descentralizada por servicios, si es privada, es descentralizada por colaboración.

4. CLASES DE DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA POR COLABORACIÓN

La descentralización de una función administrativa en una persona privada o particular siempre se había hecho por ley, sin embargo, desde la Ley 489 de 1998, también puede hacerse por acto administrativo, razón por la cual es válido clasificar la descentralización administrativa por colaboración en: descentralización administrativa por colaboración por ley y descentralización administrativa por colaboración por acto administrativo.

4.1 DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA POR COLABORACIÓN POR LEY

Como su nombre lo indica es la descentralización administrativa por colaboración que se realiza en virtud de una ley.

No existe una regulación general para que la ley otorgue funciones administrativas a los particulares. En su artículo 210, la Constitución se limita a decir que “los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”, en consecuencia, cada ley que otorga funciones administrativas a particulares, puede fijar sus propias condiciones, así sean muy diferentes a las fijadas por otra ley que también ha otorgado funciones administrativas a particulares.

Otorgar por ley una función administrativa a un particular no es algo frecuente, pues toda ley tiene un trámite largo y exigente, aunque por esta misma razón, tampoco es frecuente que una función administrativa descentralizada por ley en un particular se le quite a este para ser asignada a una entidad pública¹³⁹.

¹³⁹ Los registradores de instrumentos públicos son un caso curioso. En una época fueron particulares en ejercicio de funciones administrativas pero luego pasaron a ser servidores públicos. Luis Alfonso Caraballo Gracia explica: “En 1932 por medio de la Ley 40 organiza la propiedad por medio de matriculas inmobiliarias que permitían conocer rápidamente la historia jurídica de los inmuebles. En esta época el servicio registral era prestado por un particular investido por el Estado de la función registral” (CARABALLO GRACIA, Luis Alfonso, *Desarrollo del Registro Inmobiliario en Colombia*, ponencia presentada en el marco del Encuentro Iberoamericano de Derecho Registral celebrado en el año 2003 en La Antigua, Guatemala. Puede consultarse en la página web del Instituto de Registro Inmobiliario de Brasil: <http://www.irib.org.br/biblio/registroimobiliariocolombiano.asp>).

Tiempo después, el Decreto 1975 de 1970, que reglamentó el Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos (Decreto-ley 1250 de 1970), dispuso en el parágrafo de su artículo 3o.: “A partir de su designación y posesión, conforme a la ley, los registradores y sus empleados

4.2 DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA POR COLABORACION POR ACTO ADMINISTRATIVO

Durante mucho tiempo el legislador fue el único habilitado para decidir si una función administrativa se descentralizaba en los particulares¹⁴⁰, pero a partir de la Ley 489 de 1998, las autoridades administrativas también pueden tomar esa decisión en relación con sus propias funciones.

Las reglas generales para que las autoridades administrativas descentralicen sus funciones en los particulares están contenidas en los artículos 110 y siguientes de la Ley 489 de 1998, artículos a los que me referiré a continuación.

4.2.1 Condiciones generales para el otorgamiento de funciones administrativas a los particulares mediante acto administrativo

La Constitución de 1991 en su artículo 210 de la Constitución señala que “los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”. Lógico es que estas condiciones estén fijadas en cada ley que descentraliza una función administrativa en un particular¹⁴¹, pero si no es una ley sino un acto administrativo el que descentraliza por colaboración una función administrativa, esas condiciones son las que de manera general señala el artículo 110 de la Ley 489 de 1998. Dice este artículo:

“Las personas naturales y jurídicas privadas podrán ejercer funciones administrativas, ~~salvo disposición legal en contrario~~¹⁴², bajo las siguientes condiciones:

subalternos adquieren la calidad de empleados públicos y, por consiguiente, sus prestaciones serán las que consagren las leyes sobre la materia”. De esta manera los registradores pasaron a ser empleados públicos, condición que reafirmó el Decreto 577 de 1974 al definir las Oficinas de Registro como dependencias de la Superintendencia de Notariado y Registro (véase CARABALLO GRACIA, Luis Alfonso, *op. cit.*).

¹⁴⁰ Excepcionalmente, no es una ley sino un decreto dictado en desarrollo de una ley, el que concede funciones administrativas a particulares. Por ejemplo, el Decreto 2531 de 1994, dictado con fundamento en las leyes marco 6a. de 1971 y 7a. de 1991, otorga funciones administrativas a las sociedades de certificación aduanera (véase Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 29 de noviembre de 1996, expediente No. 7459, Consejero Ponente Dr. Germán Ayala Mantilla).

¹⁴¹ La ley 388 de 1997, por ejemplo, otorga funciones administrativas a los curadores urbanos y es el artículo 101 de esa misma ley, modificado por el artículo 9o. de la Ley 810 de 2003, el que fija las condiciones generales bajo las cuales los curadores urbanos cumplen esas funciones.

¹⁴² Este aparte tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-866 del 3 de noviembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, decisión que fue justificada en los siguientes términos: “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 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~~” (aportes tachados declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-866 del 3 de noviembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

Estas condiciones, entonces, son para la descentralización administrativa por colaboración por acto administrativo, más no para la descentralización administrativa por colaboración por ley, pues si es una ley la que decide otorgar a un particular el ejercicio de una función administrativa, ella misma puede señalar otras condiciones para que el particular cumpla la función administrativa que le entrega.

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 6o. 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 6o. 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”.

4.2.2 Procedimiento para el otorgamiento de funciones administrativas a los particulares mediante acto administrativo

De acuerdo con el artículo 111 de la Ley 489 de 1998, el procedimiento para que una autoridad administrativa entregue una de sus funciones a un particular tiene dos fases:

4.2.2.1 PRIMERA FASE: EXPEDICIÓN DE UN ACTO ADMINISTRATIVO POR EL CUAL UNA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA RESUELVE ENTREGAR UNA DE SUS FUNCIONES A UN PARTICULAR

La primera parte del artículo 111 de la Ley 489 de 1998 establece:

“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 a que pertenezca la entidad u organismo~~¹⁴³, mediante el cual determine:

¹⁴³ La Corte Constitucional declaró inexecutable este aparte tachado, argumentando lo siguiente: “... el numeral 1o. 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 1o., 312 y 313 numeral 1o. 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

- “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 funciones¹⁴⁴;
- “d) La forma de remuneración, si fuera el caso;
- “e) La duración del encargo y las garantías que deben prestar los particulares con el fin de asegurar la observancia y la aplicación de los principios que conforme a la Constitución Política y a la ley gobiernan el ejercicio de las funciones administrativas”.

4.2.2.2 SEGUNDA FASE: CELEBRACIÓN DE CONVENIO CON EL PARTICULAR AL QUE SE LE ENTREGA LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

A esta segunda fase se refiere la última parte del artículo 111 de la Ley 489 de 1998, que dice:

“2. La celebración de convenio, ~~si fuere el caso~~¹⁴⁵, cuyo plazo de ejecución será de cinco (5) años ~~prorrogables~~¹⁴⁶ 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

que tenga en cuenta las competencias propias de las corporaciones públicas territoriales, conforme a la Constitución” (Corte Constitucional, sentencia C-866 del 3 de noviembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

¹⁴⁴ Obviamente, estas condiciones son especiales y deben ser acordes con las condiciones generales señaladas por el artículo 110 de la Ley 489 de 1999.

¹⁴⁵ La sentencia C-866 de 1999 de la Corte Constitucional declaró inexecutable este aparte tachado.

¹⁴⁶ Mediante sentencia C-702 del 20 de septiembre de 1999, dictada bajo ponencia del Dr. Fabio Morón Díaz, la Corte Constitucional declaró inexecutable este aparte tachado. Se dijo en esa sentencia: “... la posibilidad de que los convenios que las entidades o autoridades administrativas suscriban para conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, puedan ser ‘prorrogables’ en forma indefinida, que es una de las posibles interpretaciones que podría tener el numeral 2o. del artículo 111 al no haber previsto un límite máximo al número de prórrogas, contraría el artículo 123 de la Carta, pues da pie para que se convierta en permanente dicha asignación de función pública y su ejercicio por el particular contratado, a través de prórrogas sucesivas de 5 años, lo cual constituye una forma soterrada de burlar el carácter excepcional y el consiguiente límite temporal a que supeditó el Constituyente de 1991 el ejercicio de las funciones públicas por particulares. En ese orden de ideas, juzga la Corte que la Ley que regule su ejercicio, en observancia del artículo 123 de la Carta, debe hacer que el período de ejercicio de la función pública por el particular sea determinado y determinable en el tiempo”.

teniendo en cuenta los principios establecidos en la Ley 80 de 1993 para la contratación por parte de entidades estatales¹⁴⁷.

“Pactar en el convenio las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias¹⁴⁸, una vez seleccionado el particular al cual se conferirá el ejercicio de las funciones administrativas”.

La descentralización administrativa por colaboración por acto administrativo implica entonces la celebración de un convenio en el cual el particular manifiesta su consentimiento para que se le otorguen funciones administrativas, situación que no siempre se presenta en la descentralización administrativa por colaboración por ley, pues se dan casos en los que la ley atribuye funciones administrativas a particulares que no han manifestado su consentimiento. Al respecto, la sentencia de la Corte Constitucional C-091 de 1997, explicó: “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”.

4.2.3 Régimen jurídico de los actos administrativos expedidos por particulares y de los contratos celebrados por particulares por cuenta de entidades estatales

De acuerdo con el artículo 112 de la Ley 489 de 1998, la naturaleza y el régimen de una persona privada no cambia por el hecho de que se le otorgue una función administrativa por acto administrativo, sin embargo, los actos que dicte y los contratos que celebre en desarrollo de esa función se regirán por las normas aplicables a los actos administrativos (Código Contencioso Administrativo) y los contratos estatales (Ley 80 de 1993 y leyes que la modifican o adicionan).

¹⁴⁷ En cuanto a estos principios dice el artículo 23 de la Ley 80 de 1993: “Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.

¹⁴⁸ Son cláusulas excepcionales, de acuerdo con la Ley 80 de 1993, las siguientes: terminación unilateral, interpretación unilateral, modificación unilateral, sometimiento a las leyes nacionales, caducidad y reversión.

5. INHABILIDADES, IMPEDIMENTOS, INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTOS DE INTERES DE LOS PARTICULARES QUE CUMPLEN FUNCIONES ADMINISTRATIVAS

El artículo 54 del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) reglamenta las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses de los particulares que cumplen funciones públicas, y obviamente cobija a los particulares que cumplen funciones administrativas porque estas funciones son una clase de funciones públicas. Dice ese artículo:

“Constituyen inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y violación al régimen de conflicto de intereses, para los particulares que ejerzan funciones públicas, las siguientes:

“1. Las derivadas de sentencias o fallos judiciales o disciplinarios de suspensión o exclusión del ejercicio de su profesión.

“2. Las contempladas en los artículos 80. de la Ley 80 de 1993 y 113 de la Ley 489 de 1998, o en las normas que los modifiquen o complementen.

“3. Las contempladas en los artículos 37 y 38 de esta ley.

“Las previstas en la Constitución, la ley y decretos, referidas a la función pública que el particular deba cumplir¹⁴⁹”.

¹⁴⁹ El artículo 45 del Decreto 1052 de 1998, por ejemplo, enumera incompatibilidades específicas de los curadores urbanos.

6. LOS FINES DE LA DESCENTRALIZACIÓN POR COLABORACIÓN

Cuando una función pública se entrega a un particular, se buscan varios fines, pero principalmente dos: que esa función se cumpla de manera más eficiente¹⁵⁰ y que se haga efectivo el derecho a la participación consagrado en el preámbulo y los artículos 1o. y 2o. de la Constitución. Al respecto, la sentencia C-308 de 1994 expresó:

“La intervención de los particulares en la gestión de servicios estatales es una de las expresiones más genuinas de la democracia participativa, porque hace real uno de los fines esenciales del Estado que consiste en ‘facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación’ (C.P. art. 2), y, además, permite involucrar en la acción pública a los propios sectores comprometidos e interesados en la prestación del servicio. Y es, por todo ello, una de las formas que adopta la descentralización administrativa, doctrinariamente reconocida como ‘descentralización por colaboración’.

“Se busca de esta manera, por razones de eficiencia administrativa, el traslado de las competencias y funciones estatales hacia los beneficiarios del servicio y el acceso a su ejecución de personas que posean medios técnicos o especiales conocimientos en la gestión empresarial”¹⁵¹.

Las entidades gremiales que administran contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras, reguladas de manera general por la Ley 101 de 1993, son un claro ejemplo de cómo la descentralización administrativa por colaboración sirve para que el ejercicio de funciones públicas sea eficiente y haga efectivo el derecho a la participación de los particulares.

Las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras son contribuciones que se cobran a un determinado grupo de agricultores para ser invertidas en beneficio de esos mismos agricultores, luego, al permitir que sea la entidad que

¹⁵⁰ Recuérdese que la función administrativa se rige entre otros principios, por los de eficacia, economía y celeridad (artículo 209 de la Constitución).

¹⁵¹ Reiterando esta sentencia la sentencia C-492 del 26 de septiembre de 1996, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo señaló: “Una de las formas de descentralización es la denominada ‘por colaboración’, que vincula a los particulares al servicio público, en búsqueda de la eficiencia, la celeridad y la economía —también principios que inspiran la actividad de la administración— y como una manera de asegurar la participación de aquéllos en la vida de la comunidad. Esa participación —desde luego— no puede estar exenta de requisitos ni de cautelas acerca de la idoneidad de quienes, siendo particulares, cumplan ciertas funciones públicas”.

agremia a la mayoría de ellos la que recauda e invierte esas contribuciones, el derecho a la participación se hace efectivo, y de paso, se logra eficiencia, pues a esa entidad se le facilita, más que a una entidad pública, determinar quienes deben ser los que deben pagar la contribución y cuáles son las mejores inversiones que se pueden hacer con los recursos recaudados.

7. CRITERIOS PARA DECIDIR LA DESCENTRALIZACIÓN POR COLABORACIÓN DE UNA FUNCIÓN PÚBLICA

Antes de tomarse la decisión descentralizar por colaboración una función pública, por lo menos debe analizarse la legalidad y la conveniencia de esa decisión.

7.1 LEGALIDAD

Si el legislador o una autoridad administrativa está pensando en descentralizar por colaboración una función pública, primero debe establecer si puede hacerlo.

En su sentencia C-866 de 1999, la Corte Constitucional declaró condicionalmente exequible el literal a) del numeral 1o. del artículo 111 de la Ley 489 de 1998 aclarando lo siguiente:

“¿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”.

Las funciones administrativas que no pueden atribuirse a los particulares, según la sentencia C-866 de 1999 proferida por la Corte Constitucional, son las siguientes:

a) Funciones administrativas que cumple el Presidente de la República como jefe de Estado y como jefe de Gobierno¹⁵².

¹⁵² “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 3o. 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’ (Corte Constitucional, sentencia C-866 del 3 de noviembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

b) Funciones administrativas que la Constitución asigna a las autoridades administrativas en forma exclusiva y excluyente¹⁵³.

c) Funciones administrativas que por ley no son atribuibles a los particulares¹⁵⁴.

d) Funciones administrativas no asignadas a la autoridad administrativa que decide descentralizarlas por colaboración¹⁵⁵.

e) Funciones administrativas que si se entregan a un particular vacían las de una autoridad administrativa¹⁵⁶.

7.2 CONVENIENCIA

Una vez se concluye que es constitucional y legal otorgar una determinada función pública a un particular, lo siguiente que se debe analizar es si es conveniente hacerlo.

Lo normal es que en ese análisis entren en juego muchos factores, lo que hace muy difícil determinar con absoluta certeza si es conveniente o no descentralizar por colaboración una función pública. Puede concluirse que una función pública es

¹⁵³ "... 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'* (*ibidem*).

¹⁵⁴ "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'* (inciso 2o. del artículo 10 de la Ley 489 de 1998)" (*ibidem*).

¹⁵⁵ "Existe otra limitación que se deduce de las reglas constitucionales, en especial del artículo 6o. 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" (*ibidem*).

¹⁵⁶ "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 2o. 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" (*ibidem*).

mejor que la cumpla un particular, pero siempre van a existir argumentos para defender lo contrario. Conscientes de esto, los profesores norteamericanos David Osborne y Ted Gaebler no señalan tajantemente cuáles son las actividades públicas que cumple mejor el sector público (entidades públicas), el sector privado (entidades privadas con ánimo de lucro), o el tercer sector “formado por organizaciones de propiedad y control privados, pero cuya existencia tiene por finalidad la satisfacción de necesidades públicas o sociales y no la acumulación de riqueza privada”¹⁵⁷ (entidades sin ánimo de lucro), simplemente enumeran en qué actividades públicas se han desempeñado mejor cada uno esos sectores, como indicio de que pueden ser los más adecuados para realizarlas.

Para ellos el sector público generalmente ha sido mejor para:

- “- Gestión Política;
- “- Normativas;
- “- Asegurar justicia;
- “- Prevenir la discriminación o la explotación;
- “- Asegurar la continuidad y la estabilidad de los servicios; y
- “- Asegurar la cohesión social”¹⁵⁸.

El sector privado, por su parte, ha sido el idóneo para:

- “- Llevar a cabo tareas complejas;
- “- Repetir los éxitos de otras organizaciones;
- “- Proporcionar servicios que exijan un rápido ajuste a los cambios;
- “- Proporcionar servicios a poblaciones muy diversas; y
- “- Proporcionar servicios que se vuelven pronto obsoletos”¹⁵⁹.

¹⁵⁷ OSBORNE, David; y GAEBLER, Ted, *La reinención del Gobierno*, Ediciones Paidós Ibérica S.A., Barcelona, 1994, ps. 79-80.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 462.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

Y el tercer sector, es decir, el conformado por las entidades privadas sin ánimo de lucro, ha tenido un mejor desempeño tratándose de tareas que:

- “- Generan poco o ningún margen de provecho;
- “- Exigen compasión y compromiso con otros seres humanos;
- “- Exigen un enfoque global, holístico;
- “- Exigen una gran confianza por parte de los clientes o consumidores;
- “- Exigen trabajo voluntario; y
- “- Exigen disponibilidad, atención personal”¹⁶⁰.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 464.

8. LISTADO Y CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS QUE EN COLOMBIA SON DESCENTRALIZADAS ADMINISTRATIVAMENTE POR COLABORACIÓN

Los textos de Derecho Administrativo son bastante breves al tratar el tema de la descentralización administrativa por colaboración y, así mismo, son escasos en ejemplos; generalmente citan tres: la Federación Nacional de Cafeteros, las cámaras de comercio y los notarios, lo cual ha llevado a que se subvalore la importancia del tema pues son muchos más los ejemplos que pueden citarse. Por esto, y para que el lector de este trabajo no sienta que ha perdido su tiempo leyendo un tema de poca trascendencia jurídica, se listan a continuación los particulares que en Colombia cumplen funciones administrativas¹⁶¹, clasificados de la siguiente manera: particulares guardianes de la fe pública, particulares nombrados como curadores urbanos, particulares prestadores de servicios públicos, particulares que comandan naves y aeronaves, particulares que llevan registros públicos, particulares que recaudan tributos y particulares que son autoridades en materia de tránsito¹⁶².

8.1 PARTICULARES GUARDIANES DE LA FE PÚBLICA

En teoría las personas siempre deben actuar de buena fe¹⁶³, sin embargo, no siempre lo hacen, razón por la cual la ley ha tratado de garantizar que lo hagan exigiendo, por ejemplo, que ciertos actos y hechos jurídicos sean certificados en cuanto a su veracidad y legalidad por una autoridad administrativa.

¹⁶¹ En Colombia la descentralización por colaboración sólo se manifiesta en relación con tres funciones públicas: la judicial, la de control fiscal y la administrativa, siendo ésta última la que abarca casi todos los casos de descentralización por colaboración, pues los únicos casos de descentralización judicial por colaboración es el de los conciliadores y los árbitros (inciso 4o. del artículo 116 de la Constitución), y los únicos casos de descentralización por colaboración de la función control fiscal es el de las empresas privadas colombianas que la cumplen de conformidad con los artículos 267, 269 y 272 de la Constitución.

¹⁶² Este listado es ante todo ilustrativo. Quizás no están todos los que son o están algunos que no deben estar; la discusión está abierta, pero más allá de lo preciso que pueda ser el listado, lo importante es demostrar que la incidencia social de la descentralización administrativa por colaboración es cada vez mayor y más variada.

¹⁶³ Dispone el artículo 83 de la Constitución: "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe".

Esa función de guarda de la fe pública consistente en certificar la veracidad y legalidad de ciertos hechos y actos jurídicos¹⁶⁴, la cumplen particulares como las entidades privadas de certificación de firmas digitales, los notarios y los contadores.

8.1.1 Entidades privadas de certificación de firmas digitales

El legislador, ante el surgimiento del llamado comercio electrónico, expidió la Ley 527 de 1999 que “define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”, ley que regula la creación y funcionamiento de las entidades de certificación de firmas digitales.

8.1.1.1 DEFINICIÓN

De acuerdo con el literal d) del artículo 2o. de la Ley 527 de 1999¹⁶⁵, entidad de certificación de firmas digitales es aquella persona “facultada para emitir certificados en relación con las firmas digitales de las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales”, y de acuerdo con el artículo 29 de esa misma ley, pueden “ser entidades de certificación, las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, de origen nacional o extranjero y las cámaras de comercio, que previa solicitud sean autorizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio y que cumplan con los requerimientos establecidos por el Gobierno Nacional”¹⁶⁶.

¹⁶⁴ En su sentencia C-741 de 1998, la Corte Constitucional dijo sobre la función de guarda de la fe pública que cumplen los notarios: “Esta función de dar fe es además claramente de interés general por cuanto establece una presunción de veracidad sobre los documentos y los hechos certificados por el notario, con lo cual permite un mejor desarrollo de la cooperación social entre las personas, en la medida en que incrementa la seguridad jurídica en el desenvolvimiento de los contratos y de las distintas actividades sociales. Algunos sectores de la doctrina consideran incluso que la función notarial es una suerte de administración de justicia preventiva, ya que la autenticidad de los documentos y la presunción de veracidad sobre los hechos evita numerosos litigios que podrían surgir en caso de que hubiese incertidumbre sobre tales aspectos. El notario ejerce entonces una actividad complementaria a la del juez, ya que el primero previene los litigios que el segundo debería resolver”.

¹⁶⁵ Esta ley, en lo relacionado con las entidades de certificación de firmas digitales, fue reglamentada por el Decreto 1747 de 2000.

¹⁶⁶ Hasta el momento la Superintendencia de Industria y Comercio sólo ha autorizado a cinco entidades ser certificadoras de firmas digitales, tres privadas: Certicámara S.A., Instituto Colombiano de Codificación y Automatización Comercial —IAC— y A Toda Hora S.A.; y dos públicas: Aeronáutica Civil y Banco de la República (véase la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio:

8.1.1.2 FUNCIONES

El artículo 30 de la Ley 527 de 1999 enumera las actividades que cumplen las entidades de certificación de firmas digitales¹⁶⁷, y son las siguientes:

1. Emitir certificados en relación con las firmas digitales de personas naturales o jurídicas.
2. Emitir certificados sobre la verificación respecto de la alteración entre el envío y recepción del mensaje de datos.
3. Emitir certificados en relación con la persona que posea un derecho u obligación con respecto a los documentos enunciados en los literales f) y g) del artículo 26 de la Ley 527 de 1999.
4. Ofrecer o facilitar los servicios de creación de firmas digitales certificadas.
5. Ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico en la generación, transmisión y recepción de mensajes de datos.
6. Ofrecer los servicios de archivo y conservación de mensajes de datos.

Como puede observarse, y como se deduce del mismo nombre de las entidades de certificación de firmas digitales, estas entidades cumplen funciones de certificación encaminadas a brindar seguridad y transparencia en el comercio electrónico¹⁶⁸, funciones que, además ser públicas¹⁶⁹, son administrativas, y como las entidades de certificación de firmas digitales pueden ser públicas o privadas de acuerdo con el artículo 29 de la Ley 527 de 1999, las que son privadas son ejemplo de descentralización administrativa por colaboración.

http://www.sic.gov.co/acreditacion/gral_acreditacion.php?modulo=Informacion%20de%20interes/Entidades%20acreditadas/E-commerce#.

¹⁶⁷ Las entidades de certificación de firmas digitales son vigiladas por la Superintendencia de Industria y Comercio (artículo 41 de la Ley 527 de 1999).

¹⁶⁸ "..., el servicio de certificación a cargo de las entidades certificadoras propende por proporcionar seguridad jurídica a las transacciones comerciales por vía informática, actuando la entidad de certificación como tercero de absoluta confianza, para lo cual la ley le atribuye importantes prerrogativas de certificación técnica, entendiéndose por tal, la que versa, no sobre el contenido mismo del mensaje de datos, sino sobre las características técnicas en las que este fue emitido y sobre la comprobación de la identidad, tanto de la persona que lo ha generado, como la de quien lo ha recibido" (Corte Constitucional, sentencia C-662 del 8 de junio de 2000, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz).

¹⁶⁹ "..., resulta también pertinente señalar que conforme a lo preceptuado por los artículos 2o., 210 y 365 de la Carta Política, el legislador está constitucionalmente habilitado para conferir transitoriamente el ejercicio de funciones públicas a los particulares, lo cual, permite concluir que, también por este aspecto, la Ley acusada (527 de 1999), en cuanto faculta a las personas jurídicas privadas a prestar el servicio de certificación, tiene pleno sustento constitucional" (Corte Constitucional, sentencia C-662 del 8 de junio de 2000, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz).

8.1.2 Notarios

8.1.2.1 NATURALEZA JURÍDICA DEL CARGO DE NOTARIO

8.1.2.1.1 Los notarios son particulares investidos de funciones públicas

La Constitución dedicó una de sus normas a los notarios y registradores señalando en su artículo 131:

“Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia.

“El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso.

“Corresponde al gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro”¹⁷⁰.

Los servicios notarial y registral son servicios conexos lo que hace entendible por qué el constituyente de 1991 decidió referirse a ellos en un mismo artículo, no obstante, al dejarse su reglamentación en manos de la ley, ésta pudo mantener regulaciones bien diferentes entre esos servicios, comenzando por la regulación de los cargos de notario y registrador, ya que los primeros eran particulares en ejercicio de funciones públicas mientras que los segundos eran servidores públicos, diferenciación que hoy en día sigue existiendo¹⁷¹.

Durante mucho tiempo los registradores de instrumentos públicos fueron particulares pero el Decreto-ley 1250 de 1970, que contiene el Estatuto del Registro de Instrumentos Públicos, los convirtió en empleados públicos al expresar en su artículo 1o.: “El registro de instrumentos públicos es un servicio del Estado, que se prestará por funcionarios públicos,...”. Complementado esta norma, el Decreto 1975 de 1970, reglamentario del Decreto-ley 1250 de 1970, dispuso en el párrafo de su artículo 3o.: A partir de su designación y posesión, conforme a la ley, los registradores y sus empleados subalternos adquieren la calidad de

¹⁷⁰ Según la Superintendencia de Notariado y Registro, en Colombia funcionan 839 notarías, ubicadas en 615 distritos y municipios del país, y 190 oficinas de registro ubicadas en 34 capitales de departamento y 156 municipios (véase la página web: <http://www.supernotariado.gov.co>).

¹⁷¹ Véase Corte Constitucional, sentencia C-741 del 2 de diciembre de 1998, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

empleados públicos y, por consiguiente, sus prestaciones serán las que consagren las leyes sobre la materia”¹⁷².

Con los notarios casi sucede lo mismo; eran particulares pero el Decreto-ley 2163 de 1970, mediante el cual se oficializó el servicio de notariado, los convirtió en funcionarios públicos al establecer:

“Artículo 1o. El notariado es un servicio del Estado que se presta por funcionarios públicos, en la forma, para los fines y con los efectos consagrados en las leyes.

“Artículo 2o. Los notarios son funcionarios públicos nacionales del orden administrativo...

“Artículo 3o. En su calidad de funcionarios administrativos del orden nacional les son aplicables a los notarios todas las normas que regulan la situación legal de los empleados públicos”.

Sin embargo, unos cuantos años después, la Ley 29 de 1973 derogó éstos y otros artículos del Decreto-ley 2163 de 1970, echando para atrás la oficialización del notariado y devolviendo a los notarios su condición de particulares en ejercicio de funciones públicas.

Si bien la Ley 29 de 1973 no señaló expresamente que los notarios serían particulares en ejercicio de funciones públicas, no es difícil comprender que esto fue lo que quiso el legislador al derogar los artículos del Decreto-ley 2163 de 1970 que daban a los notarios el carácter de funcionarios públicos, voluntad legislativa tácita que han reconocido en numerosos pronunciamientos los altos tribunales del país¹⁷³, exceptuando algunas sentencias del Consejo de Estado¹⁷⁴.

8.1.2.1.2 El sistema notarial colombiano es latino

En algunos países el sistema notarial es latino mientras que en otros es anglosajón. En sentencia No. 10817 de fecha 22 de octubre de 1981, la Sala

¹⁷² El artículo 20 del Decreto 302 de 2004, además, reafirmando lo que antes habían señalado los Decretos 577 de 1974 y 2158 de 1992, definió las Oficinas de Registro como dependencias de la Superintendencia de Notariado y Registro, “en consecuencia, todos sus funcionarios, para todos los efectos legales se consideran empleados públicos” (CARABALLO GRACIA, Luis Alfonso, *op. cit.*).

¹⁷³ Véanse, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-601 de 1996, C-181 de 1997, C-093 de 1998, C-741 de 1998, C-399 de 1999 y C-1508 de 2000, y la Consulta 1085 de 1998 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

¹⁷⁴ Véanse, entre otras sentencias del Consejo de Estado, la sentencia de fecha 22 de octubre de 1981 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Expediente No. 10817, Consejero Ponente Dr. Ignacio Reyes Posada; y la sentencia de fecha 14 de mayo de 1990 de la Sección Segunda, Expedientes Nos. 281 y 2996, Consejero Ponente Dr. Álvaro Lecompte Luna.

Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado manifestó que el servicio notarial es anglosajón cuando lo prestan particulares, afirmación que el profesor Manuel Cubides Romero criticó diciendo:

“Se afirma allí que las corrientes de opinión sobre la naturaleza jurídica del notariado que sostienen la condición profesional o la de la función pública a cargo de un particular, sitúan al notariado dentro del sistema anglosajón, mientras que en la concepción del notariado latino tiene carácter público, en el sentido de oficial o estatal.

“El notariado latino se caracteriza por la comparecencia de los declarantes ante el notario, la emisión de las declaraciones a él mismo, la asesoría jurídica que debe prestarles y por la conservación de las escrituras para futura memoria en archivos permanentes (protocolo). Este sistema notarial rige en los países con herencia románica y así funciona en la Europa Occidental e Iberoamérica, en el Estado Norteamericano de Luisiana (que tiene código de Napoléon) y en la provincia canadiense de Quebec de ascendencia francesa, y en ninguno de estos países el Estado ha tomado a su cargo la prestación del servicio notarial ni éste es considerado como parte de la administración.

“El notariado sajón es simplemente autenticador y por ello no recibe las declaraciones de los otorgantes, no los asesora jurídicamente y no guarda los instrumentos en que interviene. En este sistema no hay contratos solemnes o formales con la concepción románica, sino contratos privados que se autentican ante los notarios y se devuelven físicamente a los contratantes.

“Por estas razones es insostenible pretender que el notariado como servicio de gestión privada pertenece al sistema sajón, que para muchos y muy connotados tratadistas europeos, no es notariado”¹⁷⁵.

En Colombia, entonces, el sistema notarial es latino. Si bien los notarios son particulares, esto no significa que el notariado colombiano sea anglosajón, ya que los notarios son particulares tanto en el sistema notarial anglosajón como en el latino.

¹⁷⁵ CUBIDES ROMERO, Manuel, *Boletín Informativo*, No. 51, Colegio de Notarios, Bogotá, septiembre de 1983; citado en HERNÁNDEZ MORA, Alberto; y LATORRE RUEDA, Mario, *Estado, Administración y Servicios Públicos*, Editorial Presencia, Bogotá, 1984, ps. 86-87.

8.1.2.2 FUNCIONES

8.1.2.2.1 Funciones administrativas

El Estatuto del Notariado (Decreto-ley 960 de 1970¹⁷⁶) enumera las funciones de los notarios en su artículo 3o., que dice:

“Compete a los Notarios:

“1. Recibir, extender y autorizar las declaraciones que conforme a las Leyes requieran escritura pública y aquellas a las cuales los interesados quieran revestir de esta solemnidad.

“2. Autorizar el reconocimiento espontáneo de documentos privados.

“3. Dar testimonio de la autenticidad de firmas de funcionarios o particulares y de otros Notarios que las tengan registradas ante ellos.

“4. Dar fe de la correspondencia o identidad que exista entre un documento que tenga a la vista y su copia mecánica o literal.

“5. Acreditar la existencia de las personas naturales y expedir la correspondiente fe de vida.

“6. Recibir y guardar dentro del protocolo los documentos o actuaciones que la Ley o el Juez ordenen protocolizar o que los interesados quieran proteger de esta manera.

“7. Expedir copias o certificaciones según el caso, de los documentos que reposen en sus archivos.

“8. Dar testimonio escrito con fines jurídico-probatorios de los hechos percibidos por ellos dentro del ejercicio de sus funciones y de que no haya quedado dato formal en sus archivos.

“9. Intervenir en el otorgamiento, extensión y autorización de los testamentos solemnes que conforme a la Ley civil deban otorgarse ante ellos.

“10. Practicar apertura y publicación de los testamentos cerrados.

“11. Derogado por el artículo 46 del Decreto-ley 2163 de 1970.

¹⁷⁶ El Decreto 2148 de 1983 reglamentó esta ley.

“12. Derogado por el artículo 46 del Decreto-ley 2163 de 1970.

“13. Llevar el registro del estado civil de las personas en los casos, por los sistemas y con las formalidades prescritos en la Ley¹⁷⁷.

“14. Las demás funciones que les señalen las Leyes”.

Reconociendo que estas funciones asignadas a los notarios son administrativas, el 26 de octubre de 1990 la Sección Primera del Consejo de Estado expresó:

“La función que desarrollan los notarios es por su esencia una función pública, como que son éstos depositarios de la fe pública. Se trata de uno de los servicios públicos conocidos o nominados como de la esencia del Estado. Por ello al ejercer una típica función pública, las decisiones que profieran y las actuaciones que realicen son controversiales (sic) ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal como lo preceptúa el artículo 82 del C.C.A.”¹⁷⁸.

La Corte Constitucional, por su parte, también ha reconocido que la función notarial es un ejemplo de descentralización por colaboración, como en la sentencia C-399 de 1999 en la que expresó:

“..., la actividad notarial es un ‘servicio público’ (C.P. art. 131) confiado de manera permanente a particulares, circunstancia que hace de ésta actividad, un ejemplo claro de la llamada ‘descentralización por colaboración’ autorizada por la Carta en virtud de los artículos 209, 123 —inciso 3— y 365 de la Constitución”.

8.1.2.2 Funciones judiciales

Los notarios, según la Ley 640 de 2001, actúan como conciliadores en asuntos civiles, pero ésta no es una función administrativa sino judicial de acuerdo con el inciso 4o. del artículo 116 de la Constitución.

¹⁷⁷ En relación con esta función de los notarios la sentencia C-601 de 1996 aclaró: “..., la Constitución no reservó de manera exclusiva para el Registrador Nacional del Estado Civil la función de llevar en concreto el registro civil de las personas en cuanto labor material directa, sino que le señaló la responsabilidad genérica de dirigirlo y organizarlo.

“No debe olvidarse que la descentralización por colaboración es una de las formas que la Carta autoriza para el ejercicio efectivo de la función pública (artículo 209 C.P.) y, de conformidad con los objetivos de ella, en nada se opone a la dirección y organización del registro civil, a cargo de la Registraduría, el establecimiento de la función específica de llevarlo, en cabeza de los notarios, con miras a facilitar que las personas tengan fácil y permanente acceso a ese servicio público”.

¹⁷⁸ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 26 de octubre de 1990, Expediente No. 1515, Consejera Ponente Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

Igualmente, el artículo 528 del Código de Procedimiento Civil los faculta, junto a las cámaras de comercio y los martillos legalmente autorizados, para llevar a cabo diligencias de remate que tienen el carácter de judiciales por ser realizadas en desarrollo de procesos judiciales.

Los notarios entonces no sólo son ejemplo de descentralización administrativa por colaboración, también son ejemplo de descentralización judicial por colaboración.

8.1.3 Los contadores

En algunas ocasiones, el ejercicio de la profesión de contador o médico implica la guarda de la fe pública.

Dispone el artículo 1o. de la Ley 43 de 1990:

“Se entiende por Contador Público la persona natural que, mediante la inscripción que acredite su competencia profesional en los términos de la presente ley, está facultada para dar fe pública de hechos propios del ámbito de su profesión, dictaminar sobre estados financieros, y realizar las demás actividades relacionadas con la ciencia contable en general”.

Los contadores entonces están facultados para dar fe pública, y como esta facultad es similar a la de una autoridad pública, el parágrafo del artículo 10 de la Ley 43 de 1990 establece:

“Los Contadores Públicos, cuando otorguen fe pública en materia contable, se asimilarán a funcionarios públicos para efectos de las sanciones penales por los delitos que cometieren en el ejercicio de las actividades propias de su profesión, sin perjuicio de las responsabilidades de orden civil a que hubiere lugar conforme a las leyes”.

Contra este parágrafo se ejerció una acción de inconstitucionalidad, pero la Corte Constitucional, mediante sentencia C-530 de 2000, lo declaró exequible argumentando que “al someter la ley a los contadores públicos al mismo nivel de responsabilidad penal que se demanda de los funcionarios públicos, tiene en cuenta que estos profesionales ejercen materialmente una actividad, asimilable a una función pública, como es la de otorgar fe pública sobre los actos propios de su profesión, ejercicio que apareja, por lo mismo, una responsabilidad especial en términos similares a la que se deduce contra los funcionarios del Estado, quienes, como es obvio, ejercen funciones públicas”, reiterando posteriormente, en sentencia C-738 de 2002, que “en cuanto dan fe pública sobre la veracidad y legalidad de los estados financieros, los contadores y revisores ejercen una función pública similar a la función fedante, y tal (sic) virtud el legislador está

habilitado para señalar su régimen en los términos del artículo 123 de la Constitución”.

8.2 PARTICULARES NOMBRADOS COMO CURADORES URBANOS

El artículo 101 de la Ley 388 de 1997, modificado por el artículo 9o. de la Ley 810 de 2003, define curador urbano como “un particular encargado de estudiar, tramitar y expedir licencias de parcelación, urbanismo, construcción o demolición, y para el loteo o subdivisión de predios, a petición del interesado en adelantar proyectos de parcelación, urbanización, edificación, demolición o de loteo o subdivisión de predios, en las zonas o áreas del municipio o distrito que la administración municipal o distrital le haya determinado como de su jurisdicción”¹⁷⁹, y reconoce su condición de particular en ejercicio de funciones públicas al decir: “La curaduría urbana implica el ejercicio de una función pública para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el distrito o municipio, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y de construcción”¹⁸⁰.

8.3 PARTICULARES PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS

A continuación veremos que todas las empresas de servicios públicos domiciliarios y algunas empresas de servicios públicos no domiciliarios cumplen funciones administrativas.

8.3.1 Empresas privadas de servicios públicos domiciliarios

Como lo señaló la Sección Primera del Consejo de Estado al reiterar lo que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado había explicado en

¹⁷⁹ A los curadores urbanos, previo concurso de méritos, los designa el alcalde del respectivo distrito o municipio por un periodo de cinco años, y si se desempeñan bien, pueden seguir siendo designados por periodos sucesivos de cinco años (véanse los numerales 1o. y 4o. del inciso 5o. del artículo 101 de la Ley 388 de 1997, modificado por el artículo 9o. de la Ley 810 de 2003).

¹⁸⁰ Las licencias de urbanismo y construcción no siempre son expedidas por curadores urbanos; en los municipios con población superior a cien mil habitantes las expiden curadores urbanos, y en los municipios con población inferior a cien mil habitantes las expiden los mismos municipios, aunque éstos últimos pueden encargar su expedición a por lo menos dos curadores urbanos (véanse el numeral 2o. del inciso 5o. del artículo 101 de la Ley 388 de 1997, modificado por el artículo 9o. de la Ley 810 de 2003; y el artículo 6o. del Decreto 1052 de 1998).

Actualmente funcionan sesenta y siete curadurías urbanas en treinta y cinco ciudades del país (véase la página web del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial: http://www.minambiente.gov.co/plantilla1.asp?pag_id=1837&pub_id=613&cat_id=680).

sentencia del 23 de septiembre de 1997, expediente No. S-701, las empresas de servicios públicos domiciliarios¹⁸¹ “dictan ciertos actos administrativos, particularmente, los de negativa a celebrar el contrato de prestación de servicios públicos, los que ordenan la suspensión o terminación o deciden el corte del servicio y su facturación (artículo 154, inciso 1o., Ley 142 de 1994) y los resultantes del ejercicio de las facultades previstas en los artículos 35, 36, 57, 116 a 118, ibídem, actos estos que por su naturaleza son del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”¹⁸².

La Corte Constitucional ha asumido la misma posición. En sentencia C-263 de 1996, por ejemplo, advirtió que a una empresa de servicios públicos domiciliarios, por gozar de derechos, prerrogativas y privilegios “propios de las autoridades públicas, también pueden serle aplicables los mecanismos del control de legalidad que se han establecido para los actos administrativos que profieren las autoridades administrativas, pues al lado de la prerrogativa pública el derecho igualmente regula los mecanismos para la protección de los derechos de los administrados”¹⁸³.

De acuerdo con lo anterior, las empresas de servicios públicos domiciliarios son ejemplo de dos clases de descentralización administrativa: las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales y mixtas, definidas por los numerales 14.5 y 14.6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, son ejemplo de descentralización administrativa por servicios, y las empresas de servicios públicos privadas, definidas por el numeral 14.7 de ese mismo artículo, son ejemplo de descentralización administrativa por colaboración.

8.3.2 Empresas privadas de servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones

Las empresas de servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones cumplen funciones administrativas como si fueran empresas de servicios públicos domiciliarios. Al respecto el concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio No. 02023969 del 21 de marzo de 2002 explicó:

¹⁸¹ Las empresas de servicios públicos domiciliarios están sujetas a las regulaciones de las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios y al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (véanse artículos 370 de la Constitución, y 3o. y 79 de la Ley 142 de 1994).

¹⁸² Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 27 de septiembre de 2001, radicación No. 6640, Consejero Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁸³ La Corte Constitucional, así mismo, dijo en la sentencia C-558 de 2001: “... las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios cumplen funciones administrativas al tenor de la vía gubernativa que asumen, esto es, en cuanto conocen y deciden sobre las peticiones, quejas, reclamos y recursos presentados por los suscriptores o usuarios”.

“El artículo 40 del decreto 1130 de 1999 al establecer que, ‘corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio y en relación con los servicios no domiciliarios de comunicaciones, proteger los derechos de los usuarios, suscriptores y consumidores. Para tal efecto, la Superintendencia, contará en adición a las propias, con las facultades previstas para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios’, confirió a la Superintendencia de Industria y Comercio todas aquellas facultades encaminadas a la protección de los derechos de los usuarios, con que cuenta la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

“Dichas facultades no son otras que las previstas en el capítulo VII, título VIII de la ley 142 de 1994, tal como se señala en el numeral 1.8 del capítulo I, título III de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio: ‘Las facultades previstas para la Superintendencia de Servicios Públicos en materia de protección al usuario se encuentran consagradas, entre otras, en el capítulo VII, título VIII de la ley 142 de 1994, disposiciones que establecen las condiciones y procedimientos para la atención por parte de los operadores de las peticiones, quejas y reclamos de los usuarios’.

“ ...

“En concordancia con lo expresado en el punto anterior, el trámite de las peticiones, quejas y reclamos que presentan los usuarios y suscriptores de servicios no domiciliarios de telecomunicaciones, en razón de los mismos, se surte conforme a lo dispuesto en la ley 142 de 1994, luego, para efectos de reclamar por las fallas que presente el servicio, entre las cuales se encuentra el error en la facturación, es preciso elevar la petición, queja o reclamo respectivo ante el operador, quien dispone de 15 días para responder. Si la respuesta no le es favorable al peticionario, éste tiene derecho a interponer recurso de reposición y en subsidio apelación, conociendo del caso la Superintendencia de Industria y Comercio en segunda instancia.

“De otro lado, si el operador no da respuesta dentro del término legal, el peticionario tiene derecho a invocar el silencio administrativo positivo ante dicho operador y se entenderá que se accede a lo pedido por él”¹⁸⁴.

Las empresas de servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones¹⁸⁵, entonces, cumplen funciones administrativas porque tramitan en vía gubernativa

¹⁸⁴ En respaldo de esta doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio, véase Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 22 de octubre de 2004, expediente No. 25000232400020010113201, Consejera Ponente Dra. Olga Inés Navarrete Barrero.

¹⁸⁵ Los servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones “son, entre otros, los de telefonía móvil (TMC y PCS), los de valor agregado (Internet), los sistemas de acceso troncalizado (*trunking*) y los sistemas de buscapersonas” (*Guía del Consumidor*, Superintendencia de Industria y

las peticiones, quejas y reclamos de sus usuarios, como lo hacen las empresas de servicios públicos domiciliarios.

8.4 PARTICULARES QUE COMANDAN NAVES Y AERONAVES

Consciente de la dificultad de tener en cada nave y aeronave un policía que mantenga el orden, la ley ha otorgado funciones de policía a capitanes de naves y comandantes de aeronaves y, de paso, les ha confiado otras funciones administrativas.

8.4.1 Capitanes de naves

El conocido administrativista italiano Renato Alessi considera que en su país los capitanes de buques mercantes, autorizados por los artículos 186 y siguientes del Código de Navegación, cumplen funciones administrativas de policía judicial y registro civil¹⁸⁶.

En Colombia, los Drs. Alberto Hernández Mora y Mario Latorre Rueda también afirman que los capitanes de barco tienen “funciones de autoridad a bordo”¹⁸⁷, y tienen razón, pues basta revisar el Código Civil y el Código de Comercio para confirmar que a los capitanes de barco se les atribuyen funciones administrativas de policía (artículos 1495¹⁸⁸ y 1498¹⁸⁹ del Código de Comercio) y de guarda de la fe pública (artículos 1112¹⁹⁰ del Código Civil y 1499¹⁹¹ y 1501¹⁹² del Código de Comercio).

Comercio, p. 38. Puede consultarse en la página de la Superintendencia de Industria y Comercio: <http://www.sic.gov.co/>.

¹⁸⁶ Véase ALESSI, Renato, *op. cit.*, ps. 68, 163 y 164.

¹⁸⁷ HERNÁNDEZ MORA, Alberto; y LATORRE RUEDA, Mario, *op. cit.*, p. 107.

¹⁸⁸ Artículo 1495 del Código de Comercio: “El capitán es el jefe superior encargado del gobierno y dirección de la nave.

“La tripulación y los pasajeros le deben respeto y obediencia en cuanto se refiere al servicio de la nave y a la seguridad de las personas y de la carga que conduzca. ...”.

¹⁸⁹ Artículo 1498 del Código de Comercio: “Como delegado de la autoridad pública y en guarda del orden en la nave durante el viaje, el capitán podrá adoptar todas las providencias que juzgue aconsejables para el logro de aquel objetivo, sin menoscabo de las garantías constitucionales y legales de las personas a bordo. En tal virtud estará facultado para:

“1) Reprimir y sancionar las faltas disciplinarias cometidas a bordo por la tripulación y las infracciones policivas en que incurran los pasajeros;

“2) Adelantar en caso de delito la correspondiente investigación, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, y

“3) Entregar los presuntos delincuentes a la autoridad respectiva”.

¹⁹⁰ Artículo 1112 del Código Civil: “En los buques mercantes bajo bandera colombiana, podrá solo testarse en la forma prescrita por el artículo 1105, recibiendo el testamento por el capitán o su segundo o el piloto, y observándose además lo prevenido en el artículo 1107”.

8.4.2 Comandantes de aeronaves

A semejanza de los capitanes de naves, los comandantes de aeronaves también cumplen funciones administrativas de policía y guarda de la fe pública de conformidad con los artículos 1805¹⁹³ y 1807¹⁹⁴ del Código de Comercio.

8.5 PARTICULARES QUE LLEVAN REGISTROS PÚBLICOS

Algunos registros públicos son llevados por particulares como las cámaras de comercio, las entidades privadas encargadas de llevar libros genealógicos oficiales, algunas entidades que agremian profesionales, y los particulares que participan en la administración del Sistema Nacional de Identificación e Información del Ganado Bovino.

¹⁹¹ Artículo 1499 del Código de Comercio: “El capitán recibirá el testamento de las personas a bordo, observando las formalidades previstas por las leyes.

“Igualmente, con sujeción a las disposiciones relativas al registro civil, levantará actas de los nacimientos, matrimonios y defunciones acaecidos durante el viaje, y ejercerá las funciones notariales que le asigne la ley.

“En caso de urgencia justificada, el capitán tendrá, además, las atribuciones de juez municipal en lo relativo a la celebración del matrimonio civil.

“Parágrafo. El capitán de una nave de línea de navegación de altura, podrá dar fe de que la firma puesta en un documento es auténtica”.

¹⁹² Artículo 1501 del Código de Comercio: “Son funciones y obligaciones del capitán:

“1) ...

“10) Sentar por los hechos que adelante se enuncian, cuando ocurran durante la navegación, el acta de protesta en el libro de navegación o bitácora y presentar copia de ella a la autoridad competente del primer puerto de arribo, dentro de las doce horas siguientes a la llegada de la nave:

“a) Muerte o lesiones corporales de las personas a bordo;

“b) Pérdidas o averías conocidas o presuntas de la nave o de la carga;

“c) Naufragio;

“d) Incendio;

“e) Abordaje;

“f) Varadura y encallamiento;

“g) Avería común o gruesa;

“h) Arribada forzosa, e

“i) Desórdenes y acontecimientos extraordinarios que puedan afectar los intereses de las personas, buque o cargamento.

“En caso de falla absoluta o impedimento del capitán, hará la protesta la persona que lo sustituya en la dirección de la nave y a falta de ésta, el armador o su representante legal”.

¹⁹³ Artículo 1805 del Código de Comercio: “El comandante es el responsable de la operación y seguridad de la aeronave. Tanto los miembros de la tripulación como los pasajeros están sujetos a su autoridad. ...”.

¹⁹⁴ Artículo 1807 del Código de Comercio: “Son atribuciones del comandante de la aeronave:

“1) ...

“3) Dejar constancia escrita, en el libro de bitácora, de los nacimientos, defunciones y demás hechos que puedan tener consecuencias legales, ocurridos a bordo o durante el vuelo;

“4) Tomar las medidas necesarias para poner a disposición de la autoridad competente a la persona que comete un delito a bordo...”.

8.5.1 Cámaras de comercio

8.5.1.1 NATURALEZA Y CONCEPTO

Cuando se expidió el Código de Comercio en el año de 1971, algunos doctrinantes sostuvieron que las cámaras de comercio eran entidades públicas porque el artículo 78 del Código las definió como “instituciones de orden legal con personería jurídica, creadas por el Gobierno Nacional, de oficio o a petición de los comerciantes del territorio donde hayan de operar”, posición a la cual se opusieron otros doctrinantes defendiendo el carácter privado de esas entidades.

La discusión perdió sentido cuando el Consejo de Estado, en sentencia del 22 de mayo de 1974 proferida por la Sección Segunda bajo ponencia del Consejero Dr. Rafael Tafur Herrán, señaló que las cámaras de comercio son entidades privadas de orden gremial¹⁹⁵, jurisprudencia que desde entonces ha sido reiterada por ese alto tribunal¹⁹⁶, y que la Corte Constitucional ha compartido¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Véase PENAGOS, Gustavo, *op. cit.*, ps. 338 y ss.; y el estudio jurídico sobre el régimen legal de las cámaras de comercio elaborado por la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio —CONFECAMARAS—, y publicado en la página web de la Cámara de Comercio de Barrancabermeja: http://www.ccbarranca.org.co/regimen/HTML_ORIGINAL/chap01/.

¹⁹⁶ Bajo ponencia del Consejero de Estado Dr. Javier Henao Hidrón, el 16 de diciembre de 1993, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado resolvió una consulta, radicada bajo el número 566, respondiendo: “Aunque el Código de Comercio las califica como ‘instituciones de orden legal, con personería jurídica, creadas por el Gobierno Nacional...’ (art. 78), términos que interpretados gramaticalmente hicieron creer a algunos que ellas participaban de la naturaleza de los establecimientos públicos y, a otros, menos exegéticos, que eran entidades para estatales, es decir, ‘entes privados muy cerca del Estado por sus atribuciones de potencia pública, pero no incorporados en sus cuadros administrativos’ (Mario Rodríguez en sus ‘Notas para un curso de derecho administrativo general’, publicación de la Universidad de Medellín, 1989, p. 103), frente al nuevo esquema constitucional es posible considerarlas como entidades de carácter gremial, que cumplen, además, algunas funciones públicas”.

¹⁹⁷ En su sentencia C-144 de 1993, la Corte Constitucional expresó: “Las cámaras de comercio a las cuales se ha encargado el ejercicio de la anotada función, no son entidades públicas, pues no se avienen con ninguna de las especies de esta naturaleza contempladas y reguladas en la Constitución y la Ley. Si bien nominalmente se consideran ‘instituciones de orden legal’ (C. de Co. art. 78), creadas por el Gobierno, lo cierto es que ellas se integran por los comerciantes inscritos en su respectivo registro mercantil (C. de Co.). La técnica autorizatoria y la participación que ella reserva a la autoridad pública habida consideración de las funciones que cumplen las cámaras de comercio, no permite concluir por sí solas su naturaleza pública. Excluida la función de llevar el registro mercantil, las restantes funciones de las cámaras, su organización y dirección, las fuentes de sus ingresos, la naturaleza de sus trabajadores, la existencia de estatutos que las gobiernan, extremos sobre los cuales no es necesario para los efectos de esta providencia entrar a profundizar, ponen de presente que sólo a riesgo de desvirtuar tales elementos no se puede dudar sobre su naturaleza corporativa, gremial y privada”.

8.5.1.2 FUNCIONES

Las cincuenta y siete cámaras de comercio que existen en Colombia¹⁹⁸ tienen encomendadas las siguientes funciones administrativas¹⁹⁹:

1. Llevar el registro mercantil²⁰⁰ y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos²⁰¹, y dar noticia en sus boletines u órganos de publicidad de las inscripciones hechas en el registro mercantil y de toda modificación, cancelación o alteración que se haga de dichas inscripciones (numerales 3o. y 4o. del artículo 86 del Código de Comercio).
2. Llevar el registro único de proponentes (artículo 22 de la Ley 80 de 1993)²⁰².
3. Llevar el registro de las personas jurídicas sin ánimo de lucro (artículo 40 del Decreto-ley 2150 de 1995), salvo el de aquellas sujetas a normas especiales en cuanto a su creación y funcionamiento (artículo 45 del Decreto-ley 2150 de 1995, modificado por la Ley 537 de 1999).
4. Llevar el Registro Nacional Público de las personas naturales y jurídicas que ejercen la actividad de vendedores de juegos de suerte y azar (artículo 55 de la Ley 643 de 2001).
5. Llevar el registro de las veedurías ciudadanas y redes de veedurías (artículos 3o. y 21 de la Ley 850 de 2003).

¹⁹⁸ El listado de las cámaras de comercio colombianas puede consultarse en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio:

<http://www.sic.gov.co/index.php?modulo=Otros/ListaCamaras&tam=4350>.

¹⁹⁹ Según el artículo 87 del Código de Comercio, “el cumplimiento de las funciones propias de las cámaras de comercio estará sujeto a la vigilancia y control de la Superintendencia de Industria y Comercio”.

²⁰⁰ Las cámaras de comercio han estado llevando el registro mercantil desde la Ley 28 de 1931 (véase página web de la Cámara de Comercio del Aburrá Sur:

http://www.ccas.org.co/html/programas_registros.html; y RESTREPO, Juan Camilo, *Pasado, Presente y Futuro del Registro Mercantil*, artículo publicado en el periódico *Ámbito Jurídico*, No. 180, Bogotá, 4 al 17 de julio de 2005, p. 17A).

²⁰¹ “A las cámaras de comercio la Ley confía la función de llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos (C. de Co. art. 86). El origen legal del registro, la obligatoriedad de inscribir en él ciertos actos y documentos, el valor vinculante de las certificaciones que se expiden, la regulación legal y no convencional relativa a su organización y a las actuaciones derivadas del mismo, el relieve esencial que adquiere como pieza central del Código de Comercio y de la dinámica corporativa y contractual que allí se recoge, entre otras razones, justifican y explican el carácter de función pública que exhibe la organización y administración del registro mercantil” (Corte Constitucional, sentencia C-144 del 20 de abril de 1993, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

²⁰² Téngase en cuenta que el artículo 11 de la Ley 590 de 2000, “con el propósito de reducir los trámites ante el Estado”, integró en un sólo registro, denominado Registro Único Empresarial —RUE—, el registro mercantil y el registro único de proponentes.

6. Ser depositarias de estados financieros (artículo 41 de la Ley 222 de 1995).
7. Verificar la reproducción exacta de libros y papeles contables de un comerciante que éste va a destruir (artículo 60 del Código de Comercio).
8. Recopilar las costumbres mercantiles de los lugares correspondientes a su jurisdicción y certificar sobre la existencia de las recopiladas (numeral 5o. del artículo 86 del Código de Comercio)²⁰³.
9. Tramitar solicitudes de promoción de acuerdos de reestructuración, en algunos casos, y designar promotores y peritos en el trámite de esos acuerdos (artículo 6o. y 7o. de la Ley 550 de 1999)²⁰⁴.
10. Designar peritos cuando deban ser designados de acuerdo con la Ley 222 de 1995 o con el Libro Segundo del Código de Comercio (artículos 231 de la Ley 222 de 1995).

²⁰³ La Corte Constitucional, en su sentencia C-866 de 1999, reconoció el carácter administrativo de esta función al expresar: "... 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." (subrayas fuera de texto).

²⁰⁴ Sobre las expresiones contenidas en los incisos 4o. del artículo 6o. y 1o. del artículo 7o. de la Ley 550 de 1999, la sentencia C-1319 de 2000 de la Corte Constitucional precisó: "Tales expresiones se refieren en todos los casos a funciones de las cámaras de comercio que no son de naturaleza judicial sino administrativa, entre otras razones porque el propósito de la Ley 550 de 1999 es, justamente, desjudicializar la solución de los conflictos que se han producido a raíz de las crisis empresariales, por lo cual permite acudir a un mecanismo extrajudicial y de naturaleza contractual, como lo es el 'acuerdo de reestructuración'. A ese respecto, es claro que el propósito de la Ley es éste, como se expresó en la exposición de motivos que en su momento hiciera el Gobierno Nacional cuando presentó el proyecto a consideración del Congreso; se dijo entonces:

*'... se parte de la base de que la crisis empresarial generalizada debe afrontarse con **instrumentos que no tengan la naturaleza de procesos jurisdiccionales, es decir, que debe consagrarse la desjudicialización de los mecanismos de recuperación empresarial**; y como alternativa frente al concordato vigente, se propone un acuerdo entre los acreedores de la empresa que es una convención colectiva vinculante para el empresario y todos los acreedores' (Negrillas por fuera del original).*

"Por eso las expresiones acusadas no confieren la facultad de dirimir conflictos entre particulares, ni entre particulares y entidades estatales, ni entre éstas entre sí. Tampoco asignan facultades de ejecución judicial, ni ningún género de jurisdicción. De su tenor literal no es posible extraer esa conclusión".

8.5.2 Entidades privadas encargadas de llevar libros genealógicos oficiales

8.5.2.1 LOS LIBROS GENEALÓGICOS OFICIALES

Según el artículo 2o. de la Ley 427 de 1998, “libro genealógico oficial es el archivo copiator o medio magnético en el cual se asientan, anotan o inscriben oficialmente, en forma ordenada y secuencial, los registros de animales de razas puras”.

8.5.2.2 ENTIDADES ENCARGADAS DE LLEVAR LOS LIBROS GENEALÓGICOS OFICIALES Y CERTIFICAR LOS DATOS EN ELLOS CONSIGNADOS

El artículo 4o. de la Ley 427 de 1998 establece:

“El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural llevará los libros genealógicos oficiales²⁰⁵ y podrá delegar a las entidades más representativas de cada raza de ganado equino y bovino, para que con carácter oficial, abran, registren y lleven los libros genealógicos de las razas puras del país o importadas, al igual, para que expidan las certificaciones,...”.

Como vemos, los libros genealógicos oficiales en principio son llevados por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural pero también por entidades privadas representativas de cada raza de ganado equino y bovino quienes además certifican los datos consignados en dichos libros. Al respecto el inciso 2o. artículo 2o. de la Ley 427 de 1998 dispone:

“Las entidades autorizadas para llevar los libros genealógicos oficiales, expedirán certificación a los propietarios de los animales o a quien ellos deleguen, sobre las informaciones y hechos consignados en los libros y en sus registros”.

Son entonces descentralizadas por colaboración las entidades privadas que, por autorización del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, tienen la función de llevar libros genealógicos oficiales y certificar los datos en ellos consignados.

²⁰⁵ El artículo 2o. de la Ley 427 de 1998 libro genealógico oficial como “el archivo copiator o medio magnético en el cual se asientan, anotan o inscriben oficialmente, en forma ordenada y secuencial, los registros de animales de razas puras”.

8.5.3 Entidades que agremian profesionales

Generalmente son organismos públicos, muchas veces llamados consejos profesionales²⁰⁶, los encargados de cumplir de funciones administrativas en relación con una profesión, como llevar registros de profesionales, expedir tarjetas o matrículas profesionales, o adelantar procesos disciplinarios contra determinados profesionales, sin embargo, existen algunas entidades privadas conformadas por profesionales que cumplen funciones administrativas en relación con la profesión de sus agremiados.

8.5.3.1 FORMAS DE AGREMIACIÓN DE LOS PROFESIONALES

En Colombia los profesionales pueden agremiarse de dos formas: en colegios profesionales a los cuales se refiere el artículo 26 de la Constitución o en asociaciones profesionales que hacen efectivo el derecho de asociación consagrado en el artículo 38 de la Constitución²⁰⁷.

Algunas entidades incluyen en sus nombres la palabra “colegio” y un adjetivo relacionado con una profesión, pero no por eso son colegios profesionales en los términos del artículo 26 de la Constitución. El Colegio Profesional de Geógrafos, por ejemplo, no es una entidad privada que agremia a los geógrafos, es un organismo público creado por la Ley 78 de 1993, y el Colegio Odontológico Colombiano, si bien es privado, no agremia a los odontólogos, es una entidad privada de educación superior²⁰⁸.

²⁰⁶ Existen, entre otros, el Consejo Nacional Profesional de Economía, el Consejo Profesional de Administración de Empresas, el Consejo Profesional de Ingeniería Química de Colombia, el Consejo Profesional de Medicina Veterinaria y Zootecnia de Colombia, el Consejo Profesional Nacional de Topografía, pero también otros organismos públicos con funciones similares como la Junta Central de Contadores o el Tribunal Nacional de Ética Odontológica.

²⁰⁷ En su sentencia C-482 del 25 de junio de 2002 la Corte Constitucional llamó la atención para que no se confundan los consejos profesionales con las asociaciones y colegios profesionales. Advirtió la Corte en esa sentencia: “En perseverante jurisprudencia, esta Corporación ha precisado que organismos como los llamados Consejos o Comités Profesionales tienen carácter estatal y por tanto no pueden confundirse con los Colegios Profesionales que autorice la propia ley, ni con las asociaciones profesionales”.

²⁰⁸ Véase la página web del Colegio Odontológico Colombiano:
http://www.odontologico.edu.co/home_x.php?a=i0&sa=i2.

8.5.3.2 DIFERENCIAS ENTRE LAS ASOCIACIONES PROFESIONALES Y LOS COLEGIOS PROFESIONALES

Explicando las diferencias entre las asociaciones profesionales y los colegios profesionales, la sentencia C-399 del 2 de junio de 1999 proferida por la Corte Constitucional, señaló²⁰⁹:

“..., no se puede establecer una plena identificación entre las asociaciones de profesionales y los colegios de profesionales en sí mismos considerados, porque la Constitución les da un tratamiento distinto a ambas organizaciones, como puede ser, por ejemplo, que la Constitución no exija a las asociaciones de profesionales un carácter democrático igual, al que impone a los colegios de profesionales, en relación con el acceso a ellos. En efecto, en el caso de los colegios, el acceso o vinculación de sus miembros, no requiere sino el cumplimiento de requisitos objetivos mínimos relacionados directamente con la profesión a la que pertenece la organización... Adicionalmente, los colegios de profesionales representan globalmente a quienes ejercen determinada profesión y por ende no pueden ser simplemente portavoces de una parte específica de un gremio profesional.

“..., las asociaciones, —entendidas ellas en términos genéricos—, no tienen la misma carga de los colegios profesionales en lo concerniente al acceso o vinculación de las personas en calidad de miembros, ya que de conformidad con sus estatutos pueden fijar parámetros especiales para la incorporación de las personas a ellas, sin que tal atribución pueda ser considerada inconstitucional. Las asociaciones pueden entonces, representar los intereses de todo el gremio profesional o solo de una parte de él, de conformidad con sus presupuestos internos y aspiraciones colectivas.

“Sobre el particular, algunos doctrinantes consideran que las asociaciones pueden ser democráticas o no y ello dependerá de la autonomía de la propia institución. Sin embargo, la Corte debe precisar que tal consideración tiene relación exclusiva con el acceso genérico a la organización asociativa como tal, y no al ejercicio de las actividades al interior de la institución, teniendo en cuenta que a pesar de su naturaleza privada, las asociaciones deben atenerse a los principios constitucionales y legales en cuanto a sus estatutos y regulaciones internas”.

²⁰⁹ Véanse también las sentencias C-606 de 1992 y C-226 de 1994 dictadas por la Corte Constitucional.

8.5.3.3 LISTADO DE GREMIOS PROFESIONALES QUE CUMPLEN FUNCIONES ADMINISTRATIVAS

La figura de los colegios profesionales, como los concibió el constituyente de 1991, no ha tenido mayor desarrollo. Desde 1991 sólo se ha constituido un colegio profesional, el Colegio Profesional de Ingenieros de Petróleos y de sus Profesiones Afines y Auxiliares —CINPET—²¹⁰, el cual no está facultado para cumplir funciones administrativas, aunque actualmente se tramita un proyecto de ley²¹¹ para encomendarle algunas²¹². No hay entonces colegios profesionales que actualmente sean ejemplo de descentralización por colaboración.

Pasando a las asociaciones profesionales, existen muchas, pero sólo cumplen funciones administrativas la Asociación Colombiana de Fonoaudiología y Terapia del Lenguaje —ACFTL— y la Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia —ANEC—.

8.5.3.3.1 Asociación Colombiana de Fonoaudiología y Terapia del Lenguaje —ACFTL—

La Asociación Colombiana de Fonoaudiología y Terapia del Lenguaje —ACFTL—, de acuerdo con el artículo 4o. de la Ley 376 de 1997, es “el organismo autorizado para realizar la inscripción y el Registro Único Nacional de quien ejerce la profesión de Fonoaudiología en Colombia”.

8.5.3.3.2 Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia —ANEC—

Según el artículo 13 de la Ley 266 de 1996, el registro de quienes ejercen la profesión de enfermería en Colombia, corresponde a la Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia —ANEC—.

²¹⁰ Se creó el 2 de marzo de 2005 (véase página web del Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos: <http://cpip.org.co/actacinpet.htm>).

²¹¹ Véase página web del Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos: <http://cpip.org.co/proyectocinpet.htm>.

²¹² Siguiendo el ejemplo de los ingenieros de petróleo, los contadores públicos están promoviendo la creación del Colegio Profesional de los Contadores Públicos y la aprobación de una ley que otorgue funciones administrativas a ese colegio profesional (véase página web: <http://www.cpcpcolombia.org/home.htm>).

8.5.4 Particulares que participan en la administración del Sistema Nacional de Identificación e Información del Ganado Bovino

La Ley 914 de 2004 creó el Sistema Nacional de Identificación e Información del Ganado Bovino y en su artículo 3o. dispuso:

“El Sistema Nacional de Identificación e Información de Ganado Bovino estará a cargo del Gobierno Nacional a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, quien a su vez podrá contratar la administración con la Federación Colombiana de Ganaderos, Fedegán, la cual será responsable de la ejecución y puesta en marcha del sistema.

“Para efectos de lo anterior, Fedegán podrá apoyarse en las organizaciones de ganaderos u otras organizaciones del sector legalmente constituidas, y delegar en ellas las funciones que le son propias, como entidad encargada del Sistema”.

Esta norma la objetó por inconstitucional el Presidente de la República, pero la Corte Constitucional, en su sentencia C-819 de 2004 desestimó la objeción argumentando, entre otras cosas, lo siguiente:

“Como puede apreciarse, la norma objetada no impone al Ministerio de Agricultura la obligación de contratar con Fedegan la administración del Sistema Nacional de Identificación e Información de Ganado Bovino SNIGB, pues el sentido de la disposición es que dicho ministerio se haga cargo directamente del sistema, siendo la contratación de su administración con Fedegan tan solo una opción que el legislador le brinda al ministerio ante la eventual decisión de no administrar el referido sistema. Es muy clara la norma al utilizar la expresión *podrá contratar la administración* que emplea la norma parcialmente censurada para referirse a la contratación de Fedegan”.

Y agregó:

“..., la situación a la que se refiere la norma objetada encajaría dentro del supuesto de la autorización dada por la Ley 489 de 1998 (arts. 110-114) a las entidades o autoridades públicas, titulares de las funciones administrativas para atribuir a particulares, mediante convenio precedido de acto administrativo, el directo ejercicio de aquellas, toda vez que como se ha explicado, el SNIGB estará a cargo del Gobierno Nacional a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, quien puede contratarla, si a bien lo tiene, con Fedegan, sin que esta facultad sea óbice para que en tal eventualidad se deban tener en cuenta los principios de transparencia,

economía y responsabilidad, en armonía con los consagrados para la función administrativa en el artículo 209 de la Constitución”.

Tenemos entonces que si el Ministerio de Agricultura y Desarrollo y Desarrollo Rural decide contratar la administración del Sistema Nacional de Información e Identificación del Ganado Bovino con una entidad privada, ésta sería un ejemplo de descentralizada administrativa por colaboración, y si esa entidad privada termina siendo la Federación Colombiana de Ganaderos y ésta decide apoyarse en otras organizaciones privadas entregándoles algunas funciones, como lo permite el inciso 2o. del artículo 3o. de la Ley 914 de 2004, estas organizaciones también serían ejemplo de descentralización administrativa por colaboración.

8.6 PARTICULARES QUE RECAUDAN TRIBUTOS

Los tributos no sólo son recaudados por entidades públicas, también son recaudados por particulares en ejercicio de funciones públicas, lo cual es corroborado por el respetado tributarista Juan Rafael Bravo Arteaga quien afirma: “... las entidades particulares, que puedan ser revestidas por la ley de la posibilidad de ejercer funciones públicas (C.N., arts. 123 y 210), también pueden desempeñar el papel de sujetos activos de obligaciones tributarias, sean fiscales o parafiscales”²¹³.

8.6.1 Los tributos

Tributos, ingresos tributarios o recursos tributarios, los define Dino Jarach como aquellos recursos “que el Estado obtiene mediante el ejercicio de su poder de imperio o sea por leyes que crean obligaciones a cargo de sujetos —individuos y entidades— en la forma y cuantía que dichas leyes establezcan”²¹⁴.

8.6.2 Clases de tributos

Como se expuso en la sentencia C-465 de 1993 de la Corte Constitucional, existen tres clases de tributos: “en primer lugar, los impuestos; en segundo lugar, las tasas retributivas por la prestación de servicios públicos, y, finalmente, las contribuciones parafiscales”²¹⁵.

²¹³ BRAVO ARTEAGA, Juan Rafael, *Nociones Fundamentales de Derecho Tributario*, 3a. edición, Legis Editores S.A., Bogotá, 2000, p. 215.

²¹⁴ JARACH, Dino, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, 2a. edición, Abeledo-Perrot S.A., Buenos Aires, 1996, p. 232.

²¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-465 del 21 de octubre de 1993, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

8.6.2.1 IMPUESTOS

La Corte Constitucional ha definido impuesto “como un ingreso tributario que se exige sin contar con el consentimiento directo del obligado y sin consideración al beneficio inmediato que el contribuyente pueda derivar de la acción posterior del Estado”²¹⁶.

8.6.2.2 TASAS

A las tasas se ha referido la Corte Constitucional diciendo: “Son aquellos ingresos tributarios que se establecen unilateralmente por el Estado, pero sólo se hacen exigibles en el caso de que el particular decida utilizar el servicio público correspondiente. Es decir, se trata de una recuperación total o parcial de los costos que genera la prestación de un servicio público; se autofinancia este servicio mediante una remuneración que se paga a la entidad administrativa que lo presta”²¹⁷.

8.6.2.3 CONTRIBUCIONES PARAFISCALES

8.6.2.3.1 Definición

De acuerdo con el artículo 29 del Decreto-ley 111 de 1996, “son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable”²¹⁸.

²¹⁶ *Ibidem.*

²¹⁷ *Ibidem.*

²¹⁸ Sobre las contribuciones parafiscales, la sentencia C-040 de 1993 proferida por la Corte Constitucional señaló: “Como es bien sabido, la categoría de ingresos parafiscales surge en Francia —a mediados del presente siglo— cuando el entonces ministro Robert Schuman calificó como parafiscales algunos de los ingresos públicos que, a pesar de ser fruto de la soberanía fiscal del Estado, contaban con ciertas y determinadas características que los diferenciaban claramente de otro tipo de ingresos. Los recursos parafiscales eran aquellos cobrados a una parte de la población, destinados específicamente a cubrir intereses del grupo gravado, que no engrosaban el monto global del presupuesto nacional.

“Posteriormente la teoría de la hacienda pública ha desarrollado prolíficamente este concepto y aunque las definiciones no son ciertamente unívocas existe en todas ellas un denominador común: se trata de una técnica de intervención del Estado en la economía, destinada a extraer ciertos

8.6.2.3.2 Características

La Corte Constitucional en su sentencia C-152 de 1997 enumeró como características de las contribuciones parafiscales, las siguientes:

“1a. Son obligatorias, porque se exigen, como todos los impuestos y contribuciones, en ejercicio del poder coercitivo del Estado;

“2a. Gravan únicamente un grupo, gremio o sector económico;

“3a. Se invierten exclusivamente en beneficio del grupo, gremio o sector económico que las tributa;

“4a. Son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa²¹⁹.

“5a. El manejo, la administración y la ejecución de los recursos parafiscales pueden hacerse por personas jurídicas de derecho privado (generalmente asociaciones gremiales)²²⁰, en virtud de contrato celebrado con la Nación, de

recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, al margen del presupuesto nacional.

“...

“Dicha técnica se utiliza, por ejemplo, para el fomento de actividades agrícolas, de servicios sociales como la seguridad social, de la investigación científica y del progreso tecnológico, que constituyen todos intereses de gremios o colectividades especiales, pero con una relevante importancia social. Es por esta razón que el Estado impone el pago obligatorio de la contribución y presta su poder coercitivo para el recaudo y debida destinación de los recursos. Se trata, en últimas, de la aplicación concreta del principio de solidaridad, que revierte en el desarrollo y fomento de determinadas actividades consideradas como de interés general”.

²¹⁹ Esto ha sido reiterado muchas veces en las sentencias de la Corte Constitucional, como la sentencia C-651 del 20 de junio de 2001 en la cual se señaló: “... si bien los recursos parafiscales pueden ser administrados por particulares en virtud de contratos especiales que celebre el Gobierno Nacional, no por ello se despojan de su naturaleza de recursos públicos y, por lo tanto, se encuentran sujetos a todo el rigor de los controles por parte de las autoridades del Estado en los términos establecidos por la Constitución y la ley que las crea. Por ello el legislador, en forma razonable ordena en la norma demandada que las entidades administradoras manejen los fondos especiales en cuentas separadas para que no se confundan con sus propios recursos y, de eso se deduce con facilidad que necesariamente tienen que llevar contabilidades separadas, que además, les permita rendir con mayor claridad e independencia las cuentas sobre el recaudo y manejo de esos recursos parafiscales”.

²²⁰ El artículo 43 de la Ley 188 de 1995 ordena: “Las entidades, asociaciones o agremiaciones que de acuerdo con la ley administren recursos parafiscales deberán elegir sus representantes y directivos por medios democráticos, incluyendo los mismos adoptados para la Rama del Poder Legislativo”. Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-191 de 1996 en la que se explicó: “..., la Corte no encuentra ninguna objeción a que la ley exija que las entidades que manejan contribuciones parafiscales elijan a sus representantes y directivos por medios democráticos, pues de esa manera se busca que —como bien lo señala el ciudadano interviniente— todos los intereses que conforman el sector gravado parafiscalmente se encuentren adecuadamente representados y puedan incidir en la forma de manejo de tales recursos. En

conformidad con la ley que crea las contribuciones, o por los órganos que forman parte del presupuesto general de la Nación, como lo prevé el inciso segundo del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

“6a. El control fiscal de los recursos originados en las contribuciones parafiscales, corresponde a la Contraloría General de la República, por mandato expreso del artículo 267 de la Constitución, inciso primero.

“7a. Son excepcionales. Así lo consagra el numeral 12 del artículo 150 al facultar al Congreso para establecer ‘excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley’.

8.6.2.4 DIFERENCIAS ENTRE IMPUESTOS, TASAS Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES

8.6.2.4.1 Entre impuestos y tasas

Mientras que los impuestos no tienen contraprestación y son obligatorios, las tasas si tienen contraprestación y no son obligatorias²²¹.

8.6.2.4.2 Entre impuestos y contribuciones parafiscales

Según la Corte Constitucional, “las contribuciones parafiscales se diferencian de los impuestos en la medida en que implican una contrapartida directa al grupo de personas gravadas; no entran a engrosar el erario público; carecen de la

efecto, es necesario recalcar que las contribuciones parafiscales son fruto de la soberanía fiscal y son cobradas coactivamente. Son pues obligatorias y no voluntarias pues ‘el sujeto gravado no puede eximirse del deber de pagar la contribución’ (sentencia C-546 de 1994 proferida por la Corte Constitucional), rasgo que diferencia a estas contribuciones parafiscales de las tasas y las acerca a la naturaleza jurídica de los impuestos. Ahora bien, uno de los más viejos y clásicos principios del constitucionalismo es aquel de que no debe haber impuesto sin representación, que se concreta en la norma según el cual sólo los órganos plurales de representación popular pueden establecer impuestos (CP art. 338), por lo cual resulta perfectamente congruente que se exijan mecanismos de representación democrática en la elección de los directivos de las entidades encargadas de manejar recursos parafiscales. Es más, por tal razón, la democratización de las agremiaciones encargadas de manejar tales contribuciones no es una novedad de la Constitución de 1991 sino que es una vieja tradición del derecho público colombiano”.

²²¹ Para algunos hacendistas no es tan cierto que las tasas sean voluntarias ya que pueden terminar siendo tan obligatorias como los impuestos. Al respecto el Dr. Juan Camilo Restrepo comenta: “... cuando la tasa se está exigiendo como contraprestación de los servicios que de manera exclusiva o bajo la forma de monopolio suministra el Estado, al particular le es muy difícil (si no imposible) no utilizarlo. Por lo tanto el carácter de voluntariedad se desdibujaría en la tasa” (RESTREPO, Juan Camilo, *Hacienda Pública*, 6a. edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 150).

generalidad que caracteriza a los impuestos respecto del sujeto obligado a pagar el tributo y especialmente, porque tienen una determinada afectación”²²².

8.6.2.4.3 Entre tasas y contribuciones parafiscales

En relación con las diferencias entre contribuciones parafiscales y tasas, la Corte Constitucional ha expresado: “..., las contribuciones parafiscales no pueden identificarse con las tasas. En primer lugar, porque el pago de las tasas queda a discreción del virtual beneficiario de la contrapartida directa, mientras que la contribución es de obligatorio cumplimiento. De otra parte, las contribuciones parafiscales no generan una contraprestación directa y equivalente por parte del Estado. Este no otorga un bien ni un servicio que corresponda al pago efectuado”²²³.

8.6.3 Casos de particulares que recaudan tributos

8.6.3.1 CASOS DE PARTICULARES QUE RECAUDAN IMPUESTOS

La Ley permite que los particulares colaboren en el recaudo de impuestos como el impuesto sobre la renta y sus complementarios (artículos 368 y siguientes del Estatuto Tributario), el impuesto sobre las ventas²²⁴ (artículos 437 y siguientes del Estatuto Tributario)²²⁵, el impuesto de timbre (artículos 516 y siguientes del Estatuto Tributario), el gravamen a los movimientos financieros²²⁶ (artículos 876 y siguientes del Estatuto Tributario), el impuesto de registro (artículo 233 de la Ley 223 de 1995²²⁷, adicionado por el artículo 57 de la Ley 788 de 2002), y los recargos que pagan los usuarios de servicios públicos domiciliarios de estratos 5 y 6 y de los sectores comercial e industrial para subsidiar a los usuarios de estratos

²²² Corte Constitucional, sentencia C-040 del 11 de febrero de 1993, Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón.

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ También llamado Impuesto al Valor Agregado —IVA—.

²²⁵ Véase Corte Constitucional, sentencia C-1144 del 30 de agosto de 2000, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, en la que se explica extensamente por qué cumplen una función pública los particulares que recaudan o retienen dineros por concepto de impuesto sobre las ventas.

²²⁶ Mejor conocido como impuesto del tres por mil, aunque el artículo 18 de la Ley 863 de 2003 lo aumentó temporalmente al cuatro por mil hasta el año 2007.

²²⁷ De acuerdo con este artículo, las cámaras de comercio recaudan el impuesto de timbre, facultad que la Corte Constitucional consideró constitucional en su sentencia C-091 de 1997.

1, 2 y 3 (artículos 86 y siguientes de la Ley 142 de 1994, artículo 47 de la Ley 143 de 1994 y artículo 5o. de la Ley 286 de 1996)²²⁸.

8.6.3.2 CASOS DE PARTICULARES QUE RECAUDAN TASAS

Las cámaras de comercio que cobran tarifas por el ejercicio de las funciones administrativas que tienen asignadas (artículo 124 de la Ley 6a. de 1992)²²⁹ y los particulares que por concesión recaudan peajes (artículos 21, 22 y 30 de la Ley 105 de 1993)²³⁰ y tarifas por parqueo de vehículos en vías públicas (artículo 28 de la Ley 105 de 1993) son ejemplos de particulares que recaudan tasas.

8.6.3.3 CASOS DE PARTICULARES QUE RECAUDAN CONTRIBUCIONES PARAFISCALES

Algunas entidades que recaudan contribuciones parafiscales son públicas pero la gran mayoría son privadas²³¹.

²²⁸ Estos recargos, según la sentencia C-086 de 1998 de la Corte Constitucional, son un impuesto de destinación específica que recaudan las empresas de servicios públicos domiciliarios (no olvidemos que estas empresas pueden ser privadas).

²²⁹ Véanse Corte Constitucional, sentencia C-144 del 20 de abril de 1993, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; Corte Constitucional, sentencia C-167 del 20 de abril de 1995, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz; y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, consulta 566 del 16 de diciembre de 1993, Consejero Ponente Dr. Javier Henao Hidrón.

²³⁰ Para Mauricio Plazas Vega, los peajes son tasas porque es evidente que son sumas sufragadas “a manera de contraprestación por el uso de un bien de dominio público” (PLAZAS VEGA, Mauricio A., *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2000, p. 904), posición que también asumió la Corte Constitucional en su sentencia T-258 de 1995 en la que manifestó: “El denominado ‘peaje’ consiste en la tasa o retribución que el usuario de una vía pública paga por su utilización, con el fin de garantizar la existencia y el adecuado mantenimiento, operación y desarrollo de una infraestructura vial que haga posible y eficiente el transporte terrestre”.

²³¹ Resolviendo la Consulta 1103 de 1998, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado identificó tres sistemas para administrar contribuciones parafiscales:

“Las contribuciones parafiscales vigentes en Colombia son administradas de manera diferente. En efecto, pueden distinguirse tres sistemas de administración:

“a) Por entidades públicas, entre ellas el Instituto de Seguros Sociales, ISS, Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA y la Promotora de Vacaciones y Recreación Social, PROSOCIAL.

“b) Por entidades privadas sin celebración de contrato con el Estado, como es el caso de las Cajas de Compensación Familiar que para tal efecto y de conformidad con el artículo 3o. del decreto 1521 de 1957, deben ‘ser organizadas en forma de corporaciones, y obtener personería jurídica’, y las Empresas Promotoras de Salud, que administran el régimen contributivo.

“c) Por entidades privadas que celebran un contrato especial con el Estado para administrarlas mediante una cuenta especial o fondo sin personería jurídica, como ocurre con las asociaciones gremiales agropecuarias (Federación Nacional de Cafeteros, Federación Nacional de Arroceros, Federación Nacional de Cerealistas, Federación Nacional de Cacaoteros, Federación Nacional de Algodoneros, entre otras), y en un caso por una Cooperativa, como lo es la Agropecuaria de

8.6.3.3.1 Consorcio Administrador del Patrimonio Autónomo Fondo de Promoción Turística —PROMOTOR—

La Ley 300 de 1996 impuso a los establecimientos hoteleros y de hospedaje, a las agencias de viajes y a los restaurantes turísticos, una contribución parafiscal destinada a la promoción del turismo²³², y creó el Fondo de Promoción Turística para el manejo de esa contribución parafiscal²³³ ordenando que “el Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Desarrollo Económico, contratará con el sector privado del turismo la administración del Fondo de Promoción Turística y el recaudo de la contribución parafiscal”²³⁴.

El Consorcio Administrador del Patrimonio Autónomo Fondo de Promoción Turística —PROMOTOR—, conformado por ANATO, COTELCO y ACODRES, es la entidad privada actualmente contratada para administrar el Fondo de Promoción Turística²³⁵.

8.6.3.3.2 Entidades gremiales administradoras de fondos parafiscales agropecuarios y pesqueros y de fondos de estabilización de precios de productos agropecuarios y pesqueros

La ley 101 de 1993 reguló de manera general los fondos parafiscales agropecuarios y pesqueros²³⁶, y de paso, creó los fondos de estabilización de precios de productos agropecuarios y pesqueros.

Ginebra Limitada, COAGRO, a la cual le corresponde la administración de la cuota correspondiente al fríjol soya”.

²³² Véase artículo 40 de la Ley 300 de 1996.

²³³ Véase artículo 43 de la Ley 300 de 1996.

²³⁴ Artículo 44 de la Ley 300 de 1996.

²³⁵ Más información sobre el Fondo de Promoción Turística y su administrador en la página web: <http://www.turismocolombia.com/>.

²³⁶ En Colombia las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras que nutren los fondos parafiscales agropecuarios y pesqueros existen desde hace mucho tiempo (la primera fue la contribución cafetera creada por la ley 76 de 1927), pero no habían sido reguladas de manera general. Por esto el artículo 35 de la Ley 101 de 1993 dispuso: “Todas las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras existentes con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, quedan sujetas a lo que ordena esta ley, sin perjuicio de los derechos adquiridos y las disposiciones legales que los regulan y los contratos legalmente celebrados”.

8.6.3.3.2.1 LOS FONDOS AGROPECUARIOS Y PESQUEROS Y LOS FONDOS DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE PRODUCTOS AGROPECUARIOS Y PESQUEROS

8.6.3.3.2.1.1 Fondos agropecuarios y pesqueros

Las contribuciones agropecuarias y pesqueras, que van a los fondos agropecuarios y pesqueros, son definidas por el inciso 1o. del artículo 29 de la Ley 101 de 1993 de la siguiente manera:

“Para los efectos de esta ley, son contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras las que en casos y condiciones especiales, por razones de interés general, impone la ley a un subsector agropecuario o pesquero determinado para beneficio del mismo”.

8.6.3.3.2.1.2 Fondos de estabilización de precios de productos agropecuarios y pesqueros

El artículo 36 de la Ley 101 de 1993 se refiere a estos fondos diciendo:

“Sin perjuicio de los Fondos Parafiscales Agropecuarios y Pesqueros regulados en la presente Ley, créanse los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros, como cuentas especiales, los cuales tienen por objeto procurar un ingreso remunerativo para los productores, regular la producción nacional e incrementar las exportaciones, mediante el financiamiento de la estabilización de los precios al productor de dichos bienes agropecuarios y pesqueros.

“Parágrafo. Cuando el Gobierno Nacional lo considere necesario organizará Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros, dentro de las normas establecidas en la presente Ley”.

8.6.3.3.2.1.3 Administración

Según la ley 101 de 1993, deben ser entidades gremiales las encargadas de administrar tanto los fondos parafiscales agropecuarios y pesqueros²³⁷ como los

²³⁷ Artículo 30 de la Ley 101 de 1993: “La administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras se realizará directamente por las entidades gremiales que reúnan condiciones de representatividad nacional de una actividad agropecuaria o pesquera determinada y que hayan celebrado un contrato especial con el Gobierno Nacional, sujeto a los términos y procedimientos de la ley que haya creado las contribuciones respectivas.

fondos de estabilización de precios de productos agropecuarios y pesqueros²³⁸, aunque, excepcionalmente, pueden ser otras entidades las que administran los recursos de esos fondos²³⁹.

Actualmente son quince las entidades gremiales que administran los fondos parafiscales agropecuarios y pesqueros, y los fondos de estabilización de precios de productos agropecuarios y pesqueros²⁴⁰: la Asociación Colombiana de Porcicultores —ACP—, la Asociación de Cultivadores de Caña de Azúcar de Colombia —ASOCAÑA—, Asociación Hortifrutícola de Colombia —ASOHOFRUCOL—, la Confederación Colombiana del Algodón —CONALGODON—, la Cooperativa Agropecuaria de Ginebra Limitada —COAGRO—, la Federación Colombiana de Ganaderos —FEDEGAN—, la Federación Nacional de Arroceros —FEDEARROZ—, la Federación Nacional de Avicultores de Colombia —FENAVI—, la Federación Nacional de Cacaoteros —FEDECACAO—, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia —FEDECAFE—, la Federación Nacional de Cultivadores de Cereales —FENALCE—, la Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite —FEDEPALMA—, la Federación Nacional de Productores de Panela —FEDEPANELA—, la Federación Nacional de Productores de Tabaco —FEDETABACO— y la Federación Nacional de Productores y Transformadores de Caucho Natural —FEDECAUCHO—.

“Las colectividades beneficiarias de contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras también podrán administrar estos recursos a través de sociedades fiduciarias, previo contrato especial con el Gobierno Nacional; este procedimiento también se aplicará en casos de declaratoria de caducidad del respectivo contrato de administración”.

²³⁸ Artículo 37 de la Ley 101 de 1993: “Los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros que se organicen a partir de la vigencia de la presente Ley serán administrados, como cuenta especial, por la entidad gremial administradora del Fondo parafiscal del subsector agropecuario y pesquero correspondiente. Estos Fondos también podrán ser administrados por el Instituto de Mercadeo Agropecuario, IDEMA, como una cuenta separada de sus propios recursos, en los términos que señale el Gobierno Nacional.

“Estos Fondos también podrán ser administrados por otras entidades o por intermedio de contratos de fiducia, de acuerdo con la decisión que para tal efecto tome el Ministerio de Agricultura”.

Téngase en cuenta que el Instituto de Mercado Agropecuario —IDEMA— fue suprimido mediante Decreto-ley 1675 de 1997.

²³⁹ Véanse los incisos 2o. del artículo 30, y 2o. del artículo 37 de la Ley 101 de 1993, los cuales acaban de citarse.

²⁴⁰ Sobre los Fondos Parafiscales Agropecuarios y Pesqueros y los Fondos de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros, consúltese la página web del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural: http://www.minagricultura.gov.co/fondo_parafis.htm.

8.6.3.3.2.2 LISTADO DE ENTIDADES PRIVADAS QUE ADMINISTRAN FONDOS AGROPECUARIOS Y PESQUEROS Y FONDOS DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DE PRODUCTOS AGROPECUARIOS Y PESQUEROS

8.6.3.3.2.2.1 Asociación Colombiana de Porcicultores —ACP—

La Ley 272 de 1996²⁴¹ creó el Fondo Nacional de la Porcicultura y encargó a la Asociación Colombiana de Porcicultores —ACP— el recaudo y administración de los recursos de ese fondo²⁴².

8.6.3.3.2.2.2 Asociación de Cultivadores de Caña de Azúcar de Colombia —ASOCAÑA—

Haciendo uso de las atribuciones que le concedió la Ley 101 de 1993 en sus artículos 36 y siguientes, el Gobierno Nacional, mediante Decreto 569 de 2000, creó el Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, las Melazas Derivadas de la Extracción o del Refinado de Azúcar y los Jarabes de Azúcar. Este fondo, de acuerdo con el artículo 3o. de ese mismo decreto, debe ser administrado por una “entidad representativa de los productores, vendedores y exportadores de los productos objeto de estabilización” contratada por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural que, actualmente, es la Asociación de Cultivadores de Caña de Azúcar de Colombia —ASOCAÑA—²⁴³.

8.6.3.3.2.2.3 Asociación Hortifrutícola de Colombia —ASOHOFRUCOL—

La Ley 118 de 1994²⁴⁴ creó el Fondo Nacional de Fomento Hortifrutícola, y el artículo 3o. de la Ley 726 de 2001, que modificó el artículo 9o. de la ley 118 de 1994, ordenó al Ministerio de Agricultura contratar a la Asociación Hortifrutícola de Colombia —ASOHOFRUCOL— para que esta entidad gremial se encargara del recaudo y administración de los recursos de ese fondo parafiscal²⁴⁵.

²⁴¹ Esta ley está reglamentada por el Decreto 1522 de 1996.

²⁴² Sobre la Asociación Colombiana de Porcicultores —ACP— y el Fondo Nacional de la Porcicultura consúltese la página web: <http://www.porcinoscolombia.org.co/>.

²⁴³ La página web de esta asociación es: <http://www.asocana.com.co/>.

²⁴⁴ La actual reglamentación de la Ley 118 de 1994 se encuentra en el Decreto 3748 de 2004.

²⁴⁵ La página web de la Asociación Hortifrutícola de Colombia —ASOHOFRUCOL— es: <http://www.asohofrucol.com/>, y la del Fondo Nacional de Fomento Hortifrutícola: <http://www.fondohortifruticola.com.co/>.

8.6.3.3.2.2.4 Confederación Colombiana del Algodón —CONALGODON—

A la Confederación Colombiana del Algodón —CONALGODON— le corresponde la administración de dos fondos: el Fondo de Fomento Algodonero²⁴⁶ y el Fondo de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros para el Algodón²⁴⁷.

8.6.3.3.2.2.5 Cooperativa Agropecuaria de Ginebra Limitada —COAGRO—

La ley 114 de 1994²⁴⁸ creó la Cuota de Fomento sobre la Producción Nacional de Leguminosas de Grano, y en su artículo 3o., párrafo 1o., encomendó su recaudo a la Cooperativa Agropecuaria de Ginebra Limitada —COAGRO—, aunque sólo entre los productores de frijol soya, ya que la Federación Nacional de Cultivadores de Cereales —FENALCE—, según esa misma norma, es la encargada de recaudarla entre los productores de leguminosas de grano diferentes del frijol soya, es decir, entre los productores de frijol, arveja, lenteja, garbanzo y haba²⁴⁹.

8.6.3.3.2.2.6 Federación Colombiana de Ganaderos —FEDEGAN—

Dos son los fondos que administra la Federación Colombiana de Ganaderos —FEDEGAN—²⁵⁰: el Fondo Nacional del Ganado (el artículo 7o. de la ley 89 de 1993²⁵¹ le atribuyó directamente esta función) y el Fondo de Estabilización para el Fomento de la Exportación de Carne, Leche y sus Derivados (el Ministerio de

²⁴⁶ El artículo 7o. de la Ley 219 de 1995, la ley que creó el Fondo de Fomento Algodonero, dispuso lo siguiente: “El Gobierno Nacional, por intermedio del Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, contratará con (sic) la Administración del Fondo de Fomento Algodonero y el recaudo de la cuota con una entidad sin ánimo de lucro, lo suficientemente representativa de los algodoneiros a nivel nacional”, y dando cumplimiento a este artículo, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural contrató a la Confederación Colombiana del Algodón —CONALGODON—.

²⁴⁷ El Gobierno Nacional, haciendo uso de la facultad que le concedió el párrafo del artículo 37 de la Ley 101 de 1993, expidió el Decreto 1827 de 1996. Mediante este decreto, el Fondo de Estabilización de Precios del Algodón, que había sido autorizado por el Decreto 2196 del 30 de diciembre de 1992, se transformó en el Fondo de Estabilización de Precios de Productos Agropecuarios y Pesqueros para el Algodón, el cual es administrado por la Confederación Colombiana del Algodón —CONALGODON— en virtud del contrato No. 084 del 26 de agosto de 1997 que suscribieron esa entidad gremial y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

²⁴⁸ El Decreto 1592 de 1994 reglamenta esta ley.

²⁴⁹ El Decreto 1592 de 1994, que reglamentó la Ley 114 de 1994, estableció en su artículo 1o.: “Para efectos del artículo primero de la Ley 114 del 4 de febrero de 1994, se entiende por leguminosas de grano las especies de fríjol, arveja, lenteja, garbanzo, haba y frijol soya” (subrayas fuera de texto).

²⁵⁰ La página web de la Federación Colombiana de Ganaderos —FEDEGAN— es: <http://www.fedegan.org.co/>.

²⁵¹ La Ley 89 de 1993 está reglamentada por el Decreto 696 de 1994.

Agricultura y Desarrollo Rural, dando cumplimiento a lo establecido por el artículo 2o. del Decreto 1187 de 1999, le entregó esta función mediante contrato No. 047 del 8 de julio de 1999).

8.6.3.3.2.2.7 Federación Nacional de Arroceros —FEDEARROZ—

La ley 101 de 1963 creó la Cuota de Fomento Arrocerero que alimenta el Fondo Nacional del Arroz, fondo parafiscal que es administrado por la Federación Nacional de Arroceros —FEDEARROZ—²⁵² en virtud del artículo 8o. de la Ley 67 de 1983²⁵³.

8.6.3.3.2.2.8 Federación Nacional de Avicultores de Colombia —FENAVI—

La Ley 117 de 1994²⁵⁴, específicamente su artículo 9o.²⁵⁵, determinó que la Federación Nacional de Avicultores de Colombia —FENAVI—²⁵⁶ fuera la encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional Avícola.

8.6.3.3.2.2.9 Federación Nacional de Cacaoteros —FEDECACAO—

La Federación Nacional de Cacaoteros —FEDECACAO— administra el Fondo Nacional del Cacao²⁵⁷ (de conformidad con los artículos 1o. de la Ley 31 de 1965 y 8o. de la Ley 67 de 1983), así como el Fondo de Estabilización de Precios de Exportación del Cacao regulado por los Decretos 1226 de 1989, 1628 de 1993 y 2069 de 2001, y la Resolución 529 de 1989 del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

²⁵² Acerca de la Federación Nacional de Arroceros —FEDEARROZ— y el Fondo Nacional del Arroz, consúltese la página web: <http://www.fedearroz.com.co/index.shtml>.

²⁵³ Esta ley fue reglamentada por el Decreto 1000 de 1984.

²⁵⁴ Esta ley fue reglamentada por el Decreto 823 de 1994, el cual fue posteriormente modificado por el Decreto 523 de 2003.

²⁵⁵ Artículo 9o. de la Ley 117 de 1994: “El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Agricultura, contratará con la Federación Nacional de Avicultores de Colombia, Fenavi, la administración de los recursos del Fondo Nacional Avícola. A falta de esta Federación el Gobierno Nacional podrá contratar la administración del Fondo con otra asociación suficientemente representativa del gremio avicultor”.

²⁵⁶ La página web de la Federación Nacional de Avicultores de Colombia —FENAVI— es: <http://www.fenavi.org/>.

²⁵⁷ Mayor información sobre la Federación Nacional de Cacaoteros —FEDECACAO— y el Fondo Nacional del Cacao en la página web: <http://fedecacao.com/>.

8.6.3.3.2.2.10 Federación Nacional de Cafeteros de Colombia —FEDECAFE—

La llamada contribución cafetera, creada por la Ley 76 de 1927²⁵⁸ y actualmente regulada por los artículos 19 y siguientes de la Ley 9a. de 1991, es una contribución parafiscal²⁵⁹ que va al Fondo Nacional del Café, el cual, desde su creación en 1940, ha sido administrado por la Federación Nacional de Cafeteros²⁶⁰.

8.6.3.3.2.2.11 Federación Nacional de Cultivadores de Cereales —FENALCE—

La Federación Nacional de Cultivadores de Cereales —FENALCE—²⁶¹ tiene a su cargo el recaudo y administración de dos cuotas de fomento: la Cuota de Fomento Cerealista, creada por la Ley 51 de 1966, y la Cuota de Fomento sobre la Producción Nacional de Leguminosas de Grano, creada por la Ley 114 de 1994, aunque esta última cuota solamente la recauda entre los productores de leguminosas de grano diferente del frijol soya, ya que la Cooperativa Agropecuaria de Ginebra Limitada —COAGRO— es la encargada de recaudarla entre los productores de frijol soya²⁶².

8.6.3.3.2.2.12 Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite —FEDEPALMA—

El Fondo de Fomento Palmero, creado por la Ley 138 de 1994²⁶³, y el Fondo de Estabilización de Precios para el Palmiste, el Aceite de Palma y sus Fracciones, creado por el Decreto 2354 de 1996 conforme a lo establecido en el capítulo VI de

²⁵⁸ De acuerdo con la sentencia C-152 de 1997 de la Corte Constitucional, “el más remoto antecedente de una verdadera contribución parafiscal establecida por la ley colombiana, se encuentra en la ley 76 de 1927, dictada por el Congreso a iniciativa del Gobierno, que, a su vez, atendía la solicitud del primer Comité Nacional de Cafeteros... Posteriormente, el sistema que se originó en 1927 se perfeccionó al crearse el Fondo Nacional del Café, en diciembre de 1940, durante la administración del Presidente Eduardo Santos...”.

²⁵⁹ Véase Corte Constitucional, sentencia C-308 del 7 de julio de 1994, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.

²⁶⁰ Puede consultarse más información sobre la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en la página web: <http://www.cafedecolombia.com/>.

²⁶¹ La página web de la Federación Nacional de Cultivadores de Cereales —FENALCE— es: <http://www.fenalce.org/>.

²⁶² El parágrafo 1o. del artículo 3o. de la Ley 114 de 1994 establece: “La administración de la Cuota de Fomento de Leguminosas de Grano diferente del frijol soya la contratará el Gobierno Nacional por intermedio de Ministerio de Agricultura con la Federación Nacional de Cultivadores de Cereales, Fenalce, quien lo hará en una cuenta aparte, denominada ‘Cuota de Fomento de Leguminosas de Grano’. La administración de la cuota correspondiente al frijol soya la contratará el Gobierno Nacional por intermedio del Ministerio de Agricultura con la Cooperativa Agropecuaria de Ginebra Limitada, Coagro”.

²⁶³ El Decreto 1730 de 1994 reglamentó esta ley.

la Ley 101 de 1993, son administrados por la Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite —FEDEPALMA—²⁶⁴.

8.6.3.3.2.2.13 Federación Nacional de Productores de Panela —FEDEPANELA—

Mediante Ley 40 de 1990²⁶⁵ se creó el Fondo de Fomento Panelero cuyos recursos son administrados por la Federación Nacional de Productores de Panela —FEDEPANELA—.

8.6.3.3.2.2.14 Federación Nacional de Productores de Tabaco —FEDETABACO—

La Ley 534 de 1999 creó el Fondo Nacional del Tabaco²⁶⁶ y asignó a la Federación Nacional de Productores de Tabaco —FEDETABACO— la misión de administrarlo²⁶⁷.

8.6.3.3.2.2.15 Federación Nacional de Productores y Transformadores de Caucho Natural —FEDECAUCHO—

El Fondo de Fomento Cauchero, creado por la Ley 686 de 2001²⁶⁸, es administrado por la Federación Nacional de Productores y Transformadores de Caucho Natural —FEDECAUCHO—²⁶⁹ de conformidad con el artículo 9o. de esa misma ley.

8.6.3.3.3 Federación Nacional de Esmeraldas de Colombia —FEDESMERALDAS—

El artículo 101 de la Ley 488 de 1998²⁷⁰ estableció una contribución parafiscal a cargo de los exportadores de esmeraldas sin engastar y encargó su administración a la Federación Nacional de Esmeraldas —FEDESMERALDAS—.

²⁶⁴ Puede encontrarse más información sobre la Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite —FEDEPALMA— y los fondos que administra en la página web: <http://www.fedepalma.org/index.stm>.

²⁶⁵ Esta ley fue reglamentada por el Decreto 1999 de 1991.

²⁶⁶ Véase artículo 3o. de la Ley 534 de 1999.

²⁶⁷ Véase artículo 8o. de la Ley 534 de 1999.

²⁶⁸ Esta ley está reglamentada por el Decreto 3244 de 2002.

²⁶⁹ La página web de la Federación Nacional de Productores y Transformadores de Caucho Natural —FEDECAUCHO— es: <http://www.fedecauchocom/inicio.htm>.

²⁷⁰ Este artículo fue reglamentado por el Decreto 2407 de 2000.

8.6.3.3.4 Particulares que recaudan contribuciones parafiscales del Sistema de Seguridad Social

8.6.3.3.4.1 CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR

8.6.3.3.4.1.1 Antecedentes

La historia del subsidio familiar y de las Cajas de Compensación Familiar comenzó en Colombia a mediados del siglo pasado, historia que la sentencia C-575 del 29 de octubre de 1992, proferida por la Corte Constitucional bajo ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero, resumió de la siguiente manera:

“En 1954 se inició en el país el Sistema de Compensación Familiar. La simple voluntad de algunos patronos pertenecientes a la Asociación Nacional de Industriales —ANDI—, ante las presiones de la clase obrera, y coadyuvada por ideas similares surgidas en Francia a finales del siglo pasado, se concretó en la creación de la primera Caja de Compensación en el país, cuyo objeto era aunar esfuerzos para, mediante el pago de subsidio familiar en dinero, aliviar las cargas económicas que representaba la familia a los trabajadores de las empresas fundadoras²⁷¹ .

“En 1957, estando como Ministro de Trabajo el actor de esta demanda (Dr. Raimundo Emiliani Román), se expidió el Decreto Extraordinario No. 118, mediante el cual se estableció el subsidio familiar como una obligación legal para todas las empresas que reuniesen ciertos requisitos, con lo cual se fomentó la creación de varias entidades de esta naturaleza en todo el país que comenzaron a pagar el subsidio exclusivamente en dinero.

²⁷¹ “La primera vez que apareció el Subsidio Familiar en Colombia como prestación nueva y con este nombre fue el 22 de febrero de 1949 en una convención colectiva entre la Empresa Ferrocarril de Antioquia y sus trabajadores. Se estableció un subsidio de 3 pesos mensuales por cada hijo menor de 15 años.

“Fue necesario que transcurrieran 5 años para que el reclamo del subsidio se volviera a sentir. En marzo de 1954 el quinto plenum nacional de la Unión de Trabajadores de Colombia UTC, en Medellín, aclamó la fundación de la primera Caja de Compensación Familiar con aportes de 1% del salario de los trabajadores, iniciativa que se cristalizó casi de inmediato, pero sin aportes de los trabajadores (sólo de los empleadores), al ser aprobada por la Asociación Nacional de Industriales —ANDI— en su XI Asamblea General del 14 de mayo de 1954, la proposición de crear cajas de compensación familiar, como instituciones destinadas a satisfacer las necesidades del hogar obrero en proporción al número de hijos a cargo del jefe de familia. El 30 de junio de 1954 se firmó el acta de constitución de la primera caja de subsidio familiar por compensación en el país con el nombre de Caja de Compensación Familiar de Antioquia, COMFAMA, la cual empezó a funcionar el 30 de agosto del mismo año (1954)” (Artículo “Historia del Subsidio” publicada en la página web de la Superintendencia del Subsidio Familiar: http://www.ssf.gov.co/asp_legales/frameset.htm).

“La posibilidad de que las Cajas ya creadas suministraran, además de subsidio en dinero, servicios sociales a los trabajadores de las empresas afiliadas, surgió legalmente con el Decreto 3151 de 1962 y se confirmó mediante la Ley 56 de 1973, con lo cual se dió un vuelco al Sistema del Subsidio Familiar, orientándolo más hacia la prestación de servicios que al simple subsidio en dinero.

“Luego se expidieron las Leyes 25 de 1981 y 21 de 1982, que determinaron la creación de la Superintendencia del Subsidio Familiar y la ampliación de la cobertura del Régimen del Subsidio Familiar, extendiéndose este beneficio a toda la población asalariada del país. En la Ley 21 además, en el artículo 39, se reiteró el carácter de corporaciones de las Cajas, y se les asignó funciones de seguridad social.

“Posteriormente la Ley 31 de 1984 consagró la igualdad entre los representantes de la clase trabajadora y de los patronos en los Consejos directivos de las Cajas de Compensación.

“Con la expedición del Decreto 341 de 1988 se buscó facilitar la afiliación de los empleadores a las Cajas de Compensación. Ante el crecimiento de los servicios de las Cajas, en este último Decreto se insistió en que éstos deben dirigirse fundamentalmente a los trabajadores de hasta cuatro salarios mínimos y con personas a cargo, sin perjuicio que los demás trabajadores afiliados y la comunidad más necesitada puedan disfrutar de tales obras sociales. Por ejemplo, la Ley 71 de 1988 en su artículo 6o. permitió la extensión de la cobertura del subsidio de vivienda a los pensionados.

“15. De esta evolución normativa se concluye sin dificultad que ha habido cuatro transformaciones significativas en la historia de las Cajas:

“Primero, el subsidio familiar pasó de ser una ayuda voluntaria a una obligación institucional.

“Segundo, las Cajas pasaron de ser simples intermediarios entre los empleadores y los trabajadores a ser un redistribuidor regular de los recursos.

“Tercero, de un simple subsidio en dinero se pasó a un sistema integral de distribución de subsidios en dinero, en especie y en servicios.

“Y cuarto, de una cobertura limitada a los trabajadores de los empleadores que cotizaban a las Cajas se pasó a una universalización de los servicios para toda la sociedad”.

8.6.3.3.4.1.2 Definición

El artículo 39 de la Ley 21 de 1982 define las Cajas de Compensación Familiar como “personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la ley”²⁷².

8.6.3.3.4.1.3 Funciones

De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución “el Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

“La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley”.

Entre las entidades privadas que cumplen funciones de seguridad social están las Cajas de Compensación Familiar, y esas funciones según el artículo 41 de la Ley 21 de 1982, adicionado por los artículos 16 de la Ley 789 de 2002 y 1o. de la Ley 920 de 2004, son las siguientes:

“1. Recaudar, distribuir y pagar los aportes destinados al subsidio familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), las Escuelas Industriales y los Institutos Técnicos en los términos y con las modalidades de la ley.

“2. Organizar y administrar las obras y programas que se establezcan para el pago del subsidio familiar en especie o servicios, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 62 de la presente Ley.

“3. Ejecutar, con otras cajas, o mediante vinculación con organismos y entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de seguridad social, programas de servicios, dentro del orden de prioridades señalado por la ley.

“4. Cumplir con las demás funciones que señale la ley.

“1. Función adicionada por el artículo 16 de la Ley 789 de 2002. Ejecutar actividades relacionadas con sus servicios, la protección y la seguridad social

²⁷² Actualmente existen en Colombia cincuenta y cuatro Cajas de Compensación Familiar (el listado de éstas puede consultarse en la página web de la Superintendencia del Subsidio Familiar: <http://www.ssf.gov.co/cajas/frameset.htm>).

directamente, o mediante alianzas estratégicas con otras Cajas de Compensación o a través de entidades especializadas públicas o privadas, conforme las disposiciones que regulen la materia.

“2. Función adicionada por el artículo 16 de la Ley 789 de 2002. Invertir en los regímenes de salud, riesgos profesionales y pensiones, conforme las reglas y términos del Estatuto Orgánico del Sector Financiero y demás disposiciones que regulen las materias.

“ ...

“3. Función adicionada por el artículo 16 de la Ley 789 de 2002. Participar, asociarse e invertir en el sistema financiero a través de bancos, cooperativas financieras, compañías de financiamiento comercial y organizaciones no gubernamentales cuya actividad principal de la respectiva institución sea la operación de microcrédito, conforme las normas del Estatuto Orgánico del Sector Financiero y demás normas especiales conforme la clase de entidad.

“ ...

“4. Función adicionada por el artículo 16 de la Ley 789 de 2002. Podrán asociarse, invertir o constituir personas jurídicas para la realización de cualquier actividad, que desarrolle su objeto social, en las cuales también podrán vincularse los trabajadores afiliados.

“5. Función adicionada por el artículo 16 de la Ley 789 de 2002. Administrar, a través de los programas que a ellas corresponda, las actividades de subsidio en dinero; recreación social, deportes, turismo, centros recreativos y vacacionales; cultura, museos, bibliotecas y teatros; vivienda de interés social; créditos, jardines sociales o programas de atención integral para niños y niñas de 0 a 6 años; programas de jornada escolar complementaria; educación y capacitación; atención de la tercera edad y programas de nutrición materno-infantil y, en general, los programas que estén autorizados a la expedición de la presente ley, para lo cual podrán continuar operando con el sistema de subsidio a la oferta.

“6. Función adicionada por el artículo 16 de la Ley 789 de 2002. Administrar jardines sociales de atención integral a niños y niñas de 0 a 6 años a que se refiere el numeral anterior, propiedad de entidades territoriales públicas o privadas. En la destinación de estos recursos las cajas podrán atender niños cuyas familias no estén afiliadas a la Caja respectiva.

“ ...

“7. Función adicionada por el artículo 16 de la Ley 789 de 2002. Mantener, para el Fondo de Vivienda de Interés Social, hasta el 31 de diciembre de 2006, los mismos porcentajes definidos para el año de 2002 por la Superintendencia de Subsidio Familiar, con base en la ley 633 del año 2000 de acuerdo con el cálculo de cociente establecido en la Ley 49 de 1990. Descontados los porcentajes uno por ciento (1%), dos por ciento (2%) y tres por ciento (3%) previsto en el literal d) del artículo 6o. de la presente ley para el fomento del empleo.

“8. Función adicionada por el artículo 16 de la Ley 789 de 2002. Créase el Fondo para la Atención Integral de la Niñez y Jornada Escolar Complementaria. Como recursos de este fondo las Cajas destinarán el porcentaje máximo que les autoriza para este fin la Ley 633 de 2000 y mantendrán para gastos de administración el mismo porcentaje previsto en dicha norma para Fovis.

“9. Función adicionada por el artículo 16 de la Ley 789 de 2002. Desarrollar una base de datos histórica en la cual lleve un registro de los trabajadores que han sido beneficiarios de todos y cada uno de los programas que debe desarrollar la Caja en los términos y condiciones que para el efecto determine la Superintendencia del Subsidio.

“10. Función adicionada por el artículo 16 de la Ley 789 de 2002. Desarrollar un sistema de información de los beneficiarios de las prestaciones dentro del programa de desempleo de sus trabajadores beneficiarios y dentro del programa que se constituya para la población no beneficiaria de las Cajas de Compensación, conforme la presente ley, en los términos y condiciones que al efecto determine el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Trabajo y la Superintendencia del Subsidio Familiar.

“11. Función adicionada por el artículo 16 de la Ley 789 de 2002. Administrar directamente o a través de convenios o alianzas estratégicas el programa de microcrédito para la pequeña y mediana empresa y la microempresa, con cargo a los recursos que se prevén en la presente ley, en los términos y condiciones que se establezca en el reglamento para la administración de estos recursos y conforme lo previsto en la presente ley y sin perjuicio de lo establecido en el numeral 3 de este artículo. Dichas actividades estarán sujetas al régimen impositivo general sobre el impuesto a la renta.

“12. Función adicionada por el artículo 16 de la Ley 789 de 2002. Realizar actividades de mercadeo, incluyendo la administración de farmacias. Las Cajas que realicen actividades diferentes en materia de mercadeo social lo podrán realizar siempre que acrediten para el efecto independencia contable, financiera y operativa, sin que puedan comprometer con su operación la expansión o mantenimiento los recursos provenientes de los aportes

parafiscales o de cualquier otra unidad o negocio de la Caja de Compensación Familiar.

“13. Función adicionada por el artículo 16 de la Ley 789 de 2002. El Gobierno Nacional determinará los eventos en que las Cajas de Compensación Familiar podrán constituir e invertir en fondos de capital de riesgo, así como cualquier otro instrumento financiero para el emprendimiento de microcrédito, con recursos, de los previstos para efectos del presente numeral.

“Las Cajas podrán asociarse entre sí o con terceros para efectos de lo aquí previsto, así como también vincular como accionistas a los trabajadores afiliados al sistema de compensación.

“14. Función adicionada por el artículo 1o. de la Ley 920 de 2004. Autorización general. Las Cajas de Compensación Familiar podrán adelantar la actividad financiera con sus empresas, trabajadores, pensionados, independientes y desempleados afiliados en los términos y condiciones que para el efecto reglamente el Gobierno Nacional.

“De conformidad con lo previsto en el artículo 335 de la Constitución Política, la autorización, inspección y vigilancia de la sección especializada de ahorro y crédito de las Cajas de Compensación Familiar la ejercerá la Superintendencia Bancaria”.

Adicional a estas funciones, las Cajas de Compensación Familiar, de conformidad con el artículo 1o. de la Ley 89 de 1988, recaudan los aportes destinados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar —ICBF—.

Es claro entonces por qué las Cajas de Compensación Familiar son entidades descentralizadas administrativamente por colaboración. No sólo administran los aportes destinados al subsidio familiar, la función que tradicionalmente han tenido, sino que además recaudan y distribuyen los aportes destinados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar —ICBF—, el Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA—, la Escuela Superior de Administración Pública —ESAP—, las Escuelas Industriales y los Institutos Técnicos; y por si fuera poco, y gracias al buen manejo que han dado a esos recursos parafiscales²⁷³, en los últimos años se

²⁷³ El artículo 1o. de la Ley 828 de 2003, mediante el cual se modificó el parágrafo 2o. del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, mencionó como obligaciones parafiscales los aportes a las Cajas de Compensación Familiar, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar —ICBF— y el Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA—, posición coherente con la jurisprudencia, como la sentencia C-575 de 1992, proferida por la Corte Constitucional, en la cual se sustentó el carácter parafiscal de los aportes al subsidio familiar de la siguiente manera: “16. Es preciso clarificar la naturaleza fiscal de los recursos destinados por los empleadores a las Cajas de Compensación Familiar, así: “Las cotizaciones de los empleadores son aportes de orden parafiscal, que no impuestos ni contraprestación salarial.

les ha entregado la administración de varios fondos públicos²⁷⁴: el Fondo de Vivienda de Interés Social —FOVIS—²⁷⁵, el Fondo de Promoción al Empleo y Protección al Desempleo —FONEDE—²⁷⁶ y el Fondo de Atención Integral a la Niñez —FONIÑEZ—²⁷⁷.

8.6.3.3.4.2 ENTIDADES PRIVADAS PROMOTORAS DE SALUD

Explicando las razones por las cuales las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud son contribuciones parafiscales, la sentencia C-577 de 1995 expresó:

“La cotización para la seguridad social en salud es fruto de la soberanía fiscal del Estado. Se cobra de manera obligatoria a un grupo determinado de personas, cuyos intereses o necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados. Los recursos que se captan a través de esta cotización no entran a engrosar las arcas del presupuesto nacional, pues tienen una especial afectación, y pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado. La tarifa de la contribución no se fija como una contraprestación equivalente al servicio que recibe el afiliado, sino como una forma de financiar colectiva y globalmente el sistema nacional de seguridad social en salud.

“Las características de la cotización permiten afirmar que no se trata de un impuesto, dado que se impone a un grupo definido de personas para financiar un servicio público determinado. Se trata de un tributo con destinación específica, cuyos ingresos, por lo tanto, no entran a engrosar el presupuesto nacional. La cotización del sistema de salud tampoco es una tasa, como quiera que se trata de un tributo obligatorio y, de otra parte, no

“17. En efecto, las cotizaciones que los patronos realizan a las Cajas son aportes obligatorios que se reinvierten en el sector. Su fundamento constitucional se encuentra hoy en el artículo 150 numeral 12 y en el 338 idem. Todos estos recursos son parafiscales, esto es, una afectación especial que no puede ser destinada a otras finalidades distintas a las previstas en la ley”.

²⁷⁴ Sobre las Cajas de Compensación Familiar dijo la Revista Semana: “... gracias al buen manejo operativo que han demostrado, se les ha asignado la administración de los recursos para los programas sociales que antes estaban a cargo del Estado, como el Fondo de Promoción al Empleo y Protección al Desempleo (Fonede), el Fondo de Vivienda de Interés social (Fovis) y el Fondo de Atención Integral a la Niñez (Foniñez)” (artículo “Pasos de Gigante” publicado en *Revista Semana*, edición No. 1.191, febrero 28 a marzo 7 de 2005, p. 64).

²⁷⁵ Véanse artículos 67 y siguientes de la Ley 49 de 1990, Ley 3a. de 1991, artículos 63 y siguientes de la Ley 633 de 2000 y Decreto 975 de 2004.

²⁷⁶ Véanse artículos 6o. y siguientes de la Ley 789 de 2002, y sus decretos reglamentarios 827 y 2340 de 2003, éste último modificado por los Decretos 3450 de 2003 y 586 de 2004.

²⁷⁷ El Fondo de Atención Integral a la Niñez —FONIÑEZ— fue creado por el artículo 16 de la Ley 789 de 2002 que modificó el artículo 41 de la Ley 21 de 1982, y según la Federación de Cajas de Compensación Familiar —FEDECAJAS—, los programas financiados por ese fondo ya están beneficiando a más de 400.000 niños pobres (<http://www.fedecajas.com/>).

genera una contrapartida directa y equivalente por parte del Estado, pues su objetivo es el de asegurar la financiación de los entes públicos o privados encargados de prestar el servicio de salud a sus afiliados.

“Según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrosar las arcas del presupuesto nacional, ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud”²⁷⁸.

Ahora bien, como las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud son contribuciones parafiscales, quienes las recaudan, las Entidades Promotoras de Salud, cumplen una función administrativa, y como las Entidades Promotoras de Salud pueden ser públicas o privadas, las que son privadas son ejemplo de descentralización administrativa por colaboración.

8.6.3.3.4.3 SOCIEDADES PRIVADAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido expresamente que los aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones son, al igual que los aportes al Sistema de Seguridad Social en salud, contribuciones parafiscales. En su sentencia C-179 de 1997, por ejemplo, la Corte Constitucional expresó:

“... bajo el imperio de la Carta de 1991, no cabe duda acerca de que los fondos de pensiones, los organismos oficiales que tienen como función el reconocimiento y pago de pensiones y las E.P.S., públicas y privadas, que reciben cuotas de las empresas y de los trabajadores, administran recursos parafiscales. Por lo tanto, en ningún caso, esos fondos pueden ser afectados a fines distintos de los previstos en el ordenamiento jurídico y su manejo debe realizarse teniendo en cuenta la especificidad de su función”.

La sentencia C-378 de 1998, por su parte, enumeró las razones por las cuales son contribuciones parafiscales los recursos que se aportan al Sistema de Seguridad Social en pensiones tanto en el régimen de prima media con prestación definida, como en el régimen de ahorro individual:

²⁷⁸ Este último argumento es claro a la luz del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 que establece: “Las cotizaciones que recauden las Entidades Promotoras de Salud pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

“1) Los trabajadores y empleadores deben, en forma obligatoria, realizar los aportes según las cuantías establecidas por la ley; 2) Estos aportes redundan en beneficio del trabajador y exoneran al empleador de asumir los riesgos que entran a cubrir las entidades correspondientes; 3) La administración y destinación de estos recursos la establece expresamente la ley 100 de 1993”²⁷⁹.

Las sociedades administradoras de fondos de pensiones, entonces, manejan recursos públicos recaudados como contribuciones parafiscales, luego, las sociedades administradoras pensiones que son privadas (casi todas lo son) cumplen funciones administrativas descentralizadas por colaboración.

8.6.3.3.4.4 EMPLEADORES

La sentencia C-177 de 1998 de la Corte Constitucional señaló:

“... cuando el empresario descuenta los aportes del trabajador, no lo hace por el hecho de ser patrono y por las relaciones jurídicas laborales que existen con el trabajador, sino que el empresario actúa como una especie de agente retenedor del sistema de seguridad social. Por consiguiente, el dinero así retenido no es propiedad del patrono sino que es un recurso parafiscal del sistema de pensiones. A su vez, el trabajador no está efectuando un pago al patrono sino al sistema, por lo cual bien hubiera podido la ley prever que el empleado cotizara directamente a la EAP. Son estrictamente razones de eficiencia las que justifican la facultad patronal de retención, lo cual significa que los dineros descontados representan contribuciones parafiscales, que son propiedad del sistema y no del patrono”.

De acuerdo con lo anterior, los empleadores, como agentes retenedores del Sistema de Seguridad Social, cumplen una función administrativa consistente en retener a sus trabajadores los aportes que éstos deben hacer al Sistema de Seguridad Social.

²⁷⁹ Además, en sentencia C-086 de 2002, la Corte Constitucional aclaró: “... para la Corte es claro que el sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota-prestación, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestas los afiliados y beneficiarios, además porque el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino, todo lo contrario, se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio contributivo en el que los empleadores y el mismo Estado participan junto a los trabajadores con los aportes que resultan determinantes de la cuantía de la pensión. De ahí que los afiliados a la seguridad social no ostenten un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa”.

8.7 PARTICULARES QUE SON AUTORIDADES EN MATERIA DE TRANSITO

El artículo 3o. del Código Nacional de Tránsito (Ley 769 de 2002) señala que son autoridades de tránsito: el Ministerio de Transporte; los gobernadores y los alcaldes; los organismos de tránsito de carácter departamental, municipal o distrital; la Policía Nacional en sus cuerpos especializados de policía de tránsito urbano y policía de carreteras; los inspectores de policía, los inspectores de tránsito, los corregidores o quien haga sus veces en cada ente territorial; la Superintendencia General de Puertos y Transporte; las fuerzas militares en áreas donde no haya presencia de autoridades de tránsito; y los agentes de tránsito y transporte, pero reconoce que estas autoridades pueden entregar a particulares funciones administrativas de tránsito al señalar en su parágrafo 1o.: “Las entidades públicas o privadas a las que mediante delegación o convenio les sean asignadas determinadas funciones de tránsito, constituirán organismos de apoyo a las autoridades de tránsito”²⁸⁰.

De diversas maneras los particulares cumplen funciones administrativas en materia de tránsito: aportan pruebas de infracciones de tránsito²⁸¹, cobran multas²⁸², adelantan trámites de especies venales²⁸³ y otros trámites de tránsito (expedición de licencias de conducción, matriculación de vehículos, traspaso de vehículos, etc.)²⁸⁴, realizan revisiones técnico-mecánicas y de gases a vehículos²⁸⁵, certifican que una persona está capacitada para conducir vehículos o para instruir a otras en la conducción de vehículos²⁸⁶, prestan el servicio de escuela y casa-cárcel para rehabilitación de infractores de tránsito²⁸⁷, y pueden ser

²⁸⁰ Sobre la vigilancia y control de estos particulares facultados para ejercer funciones administrativas en materia de tránsito, el parágrafo 3o. del artículo 3o. del Código Nacional de Tránsito (Ley 769 de 2002) establece: “Las autoridades, los organismos de tránsito, las entidades públicas o privadas que constituyan organismos de apoyo, serán vigiladas y controladas por la Superintendencia de Puertos y Transporte”.

²⁸¹ Véase inciso 2o. del artículo 7o. del Código Nacional de Tránsito (Ley 769 de 2002).

²⁸² Véanse inciso 2o. del artículo 7o., parágrafo 2o. del artículo 135, inciso 3o. del artículo 136 y artículo 160 del Código Nacional de Tránsito (Ley 769 de 2002).

²⁸³ “Las especies venales son documentos que expide el Ministerio de Transporte para amparar y certificar la operación de vehículos, así como, el registro de las personas en las bases de datos de la entidad, a través de los cuales el Estado cobra unos derechos que son consignados al Tesoro Nacional” (página web:

<http://www.eltransporte.com/modules.php?name=News&file=article&sid=673>).

²⁸⁴ Véanse inciso 2o. del artículo 7o., inciso 1o. del artículo 17, inciso 1o. del artículo 23 y artículo 24 del Código Nacional de Tránsito (Ley 769 de 2002).

²⁸⁵ Véanse artículo 53 del Código Nacional de Tránsito (Ley 769 de 2002) y definición de centro de diagnóstico automotor contenida en el artículo 2o. de ese mismo código.

²⁸⁶ Véanse artículos 12 al 16 del Código Nacional de Tránsito (Ley 769 de 2002) y definiciones de centro de enseñanza para conductores y centro de enseñanza para formación de instructores contenidas en el artículo 2o. de ese mismo código.

²⁸⁷ Véase definición de centro integral de atención contenida en el artículo 2o. del Código Nacional de Tránsito (Ley 769 de 2002).

contratados por el Ministerio de Transporte para llevar el Registro Único Nacional de Tránsito —RUNT—²⁸⁸.

²⁸⁸ Véanse artículo 8o. del Código Nacional de Tránsito (Ley 769 de 2002) y definiciones de registro nacional automotor y registro terrestre automotor contenidas en el artículo 2o. de ese mismo código.

9. CONCLUSIONES

1. La descentralización administrativa por colaboración ya no es insignificante

En Colombia no son pocos los particulares que cumplen funciones administrativas, son muchos, y tanto es así que en este trabajo pudieron ser clasificados en siete categorías: particulares guardianes de la fe pública, particulares nombrados como curadores urbanos, particulares prestadores de servicios públicos, particulares que comandan naves y aeronaves, particulares que llevan registros públicos, particulares que recaudan tributos y particulares que son autoridades en materia de tránsito.

A mediados del siglo pasado, los casos de descentralización administrativa por colaboración eran contados, sin embargo, poco a poco fueron aumentando hasta el punto que hoy son particulares investidos de funciones administrativas los que asumen el papel de Administración Pública en asuntos tan trascendentales para la vida diaria de los colombianos como la prestación de servicios públicos domiciliarios y de salud, la cotización de pensiones, el pago de tributos (impuestos, tasas y contribuciones parafiscales) o la celebración de actos jurídicos solemnes (testamento, matrimonio, divorcio, enajenación de inmuebles, constitución de sociedades, entre otros)²⁸⁹, sin contar otros asuntos importantes cuyo interés puede no ser tan generalizado entre la población, como el manejo de los recursos de los fondos parafiscales, la adjudicación de subsidios de vivienda, el otorgamiento de licencias de construcción, la certificación de firmas digitales o los trámites relacionados con el registro mercantil.

Las tareas públicas que se cumplen a través de la descentralización administrativa por colaboración son entonces numerosas, y si aún en el ambiente jurídico se le sigue viendo como una clase de descentralización excepcional, no es porque en realidad lo sea, sino porque la doctrina no le ha dado la atención que merece por mantenerse concentrada en las descentralizaciones administrativas más tradicionales, la descentralización administrativa territorial y la descentralización administrativa funcional o por servicios.

²⁸⁹ Actos como estos se celebran por escritura pública otorgada ante notario.

2. Si los particulares continúan siendo investidos de funciones administrativas es porque, en general, han estado haciendo una buena labor

El Estado colombiano ha tenido la suficiente confianza en los particulares para otorgarles funciones públicas, y como los particulares las han ejercido con eficiencia y transparencia, esa confianza se ha venido incrementando con el transcurso de los años, tanto, que el otorgamiento de funciones administrativas a los particulares, ya no tiene que hacerse por ley, como sucedió durante mucho tiempo, sino que también puede hacerse por acto administrativo gracias a la Ley 489 de 1998.

Obviamente los particulares que ejercen funciones administrativas no han estado exentos de escándalos²⁹⁰, pero comparados con los de las entidades públicas, han sido pocos. La generalidad de ellos, a lo largo de muchos años, han sabido hacerse a una buena imagen²⁹¹, y es por ello que el legislador, de manera lenta pero progresiva, continúa entregándoles funciones administrativas.

3. La responsabilidad de los particulares que cumplen funciones administrativas es similar a la de los servidores públicos

Los particulares a los que se otorgan funciones administrativas quedan por este hecho sujetos a las mismas responsabilidades de los servidores públicos, comenzando porque el artículo 20 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) los asimila a servidores públicos para efectos de la ley penal. La Ley 42 de 1993, por su parte, expresa que son sujetos de control fiscal los particulares que manejan fondos o bienes del Estado (artículo 2o.), y la Ley 734 de 2002, mediante la cual se expidió el Código Disciplinario Único, establece las faltas disciplinarias de los particulares que ejercen funciones públicas (artículos 52 y siguientes).

Siempre existirá el riesgo de que los particulares ejerzan funciones administrativas sin transparencia o diligencia, pero ese riesgo es el mismo que podría predicarse de los servidores públicos, ya que tanto los unos como los otros pueden ser responsabilizados desde los puntos de vista penal, fiscal y disciplinario, situación

²⁹⁰ De conocimiento público son, por ejemplo, los frecuentes cuestionamientos de que han sido objeto los curadores urbanos de Bogotá por el otorgamiento indebido de licencias de construcción.

²⁹¹ El Presidente Álvaro Uribe Vélez, por ejemplo, durante el Consejo Comunal de Gobierno No. 68 realizado el 26 de junio de 2004 en Simití (Bolívar), expresó su admiración por las Cajas de Compensación Familiar al decir: "..., soy de la idea después de esta experiencia de 10 años, que en Colombia como administradoras de régimen subsidiado no deben quedar sino las Cajas de Compensación Familiar y CAPRECOM. Creo que eso puede ser un paso revolucionario para Colombia.

"Las Cajas de Compensación son el mejor modelo, son entidades sin ánimo de lucro, manejadas por empresarios y trabajadores, tal vez lo mejorcito que tenga Colombia sean las Cajas de Compensación" (subrayas fuera de texto).

que por igual debe disuadirlos de conductas incorrectas o negligentes cuando ejercen las funciones administrativas que se les ha encomendado.

BIBLIOGRAFÍA

1. LIBROS

ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo I, 3a. edición, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1970.

ANGARITA GÓMEZ, Jorge, *Lecciones de Derecho Civil*, 4a. edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1998.

ARISTÓTELES, *La Política*, Ediciones Universales, Bogotá, 1981.

AYALA CALDAS, Jorge Enrique, *Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2002.

BETANCOURT REY, Miguel, *Derecho Privado – Categorías Básicas*, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, 1996.

BRAVO ARTEAGA, Juan Rafael, *Nociones Fundamentales de Derecho Tributario*, 3a. edición, Legis Editores S.A., Bogotá, 2000.

DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1992.

ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990.

FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 32a. edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1993.

GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo*, Traducción: ORTEGA, Luis, Editorial de la obra original: Dott. A. Giuffré Editore, S.p.A., Milán, Editorial de la edición en español: Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1991.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 5a. edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999 (puede consultarse en la página web: <http://www.gordillo.com>).

GÓMEZ ARANGUREN, Gustavo Eduardo, *Principios de Derecho Administrativo*, ABC Editores Librería Ltda., Bogotá, 2002.

HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto, y otros, *Régimen de las Entidades Territoriales*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

HERNÁNDEZ M., Pedro Alfonso, *Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia*, Legis Editores S.A., Bogotá, 1999.

HERNÁNDEZ MORA, Alberto; y LATORRE RUEDA, Mario, *Estado, Administración y Servicios Públicos*, Editorial Presencia, Bogotá, 1984.

JARACH, Dino, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, 2a. edición, Abeledo-Perrot S.A., Buenos Aires, 1996.

LLERAS DE LA FUENTE, Carlos; ARENAS CAMPOS, Carlos Adolfo; CHARRY URUEÑA, Juan Manuel; y HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto, *Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia*, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1992.

LOCKE, John, *Ensayo Sobre el Gobierno Civil*, Ediciones y Distribuciones Alba S.A., Madrid, 1987.

MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Abeledo-Perrot S.A., Buenos Aires, 1982.

MERKL, Adolfo, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editora Nacional S.A., México, 1980.

MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, Ediciones Universales, Bogotá, 2001.

OSBORNE, David; y GAEBLER, Ted, *La reinención del Gobierno*, Ediciones Paidós Ibérica S.A., Barcelona, 1994.

PALACIOS MEJÍA, Hugo, *El Derecho de los Servicios Públicos*, Derecho Vigente S.A., Bogotá, 1999.

PENAGOS, Gustavo, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1994.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo, *Derecho Constitucional Colombiano*, 5a. edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1997.

PLAZAS VEGA, Mauricio A., *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2000.

POLO FIGUEROA, Juan Alberto, *Elementos de Derecho Administrativo*, 2a. edición, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2001.

RESTREPO, Juan Camilo, *Hacienda Pública*, 6a. edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

REYES VILLAMIZAR, Francisco, *Derecho Societario*, Tomo I, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2002.

RIVERO, Jean, *Páginas de Derecho Administrativo*, Editorial Temis S.A., Universidad del Rosario, Bogotá, 2002.

RODRÍGUEZ R., Libardo, *Derecho Administrativo*, 14a. edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2005.

RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto, *Derecho Administrativo General*, Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, 1995.

SANTOFIMIO G., Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomos I (3a. edición) y II (4a. edición), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 4a. edición, Montevideo, 1974.

TAFUR GALVIS, Álvaro, *Estudios de Derecho Público*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., Bogotá, 1997.

VALENCIA ZEA, Arturo; y ORTIZ MONSALVE, Álvaro, *Derecho Civil*, Tomo I, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1994.

VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo*, 12a. edición, Legis Editores S.A., Bogotá, 2004.

YOUNES MORENO, Diego, *Derecho Constitucional Colombiano*, 3a. edición, Legis Editores S.A., Bogotá, 1997.

2. REVISTAS

Revista de Administración Pública, noviembre de 1982, Instituto Nacional de Administración Pública, México (puede consultarse en la página web del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México —UNAM—: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=rap&n=1982>).

Revista Semana, edición No. 1.191, febrero 28 a marzo 7 de 2005.

Revista Universitas, No. 103, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, julio, 2002.

3. PERIÓDICO

Ámbito Jurídico, No. 180, Bogotá, 4 al 17 de julio de 2005.

4. PÁGINAS WEB

<http://cpip.org.co> (Consejo Profesional de Ingeniería de Petróleos).

<http://fedecacao.com> (Federación Nacional de Cacaoteros —FEDECACAO—).

<http://www.asocana.com.co> (Asociación de Cultivadores de Caña de Azúcar de Colombia —ASOCAÑA—).

<http://www.asohofrucol.com> (Asociación Hortifrutícola de Colombia —ASOHOFRUCOL—).

<http://www.cafedecolombia.com> (Federación Nacional de Cafeteros de Colombia —FEDECAFE—).

<http://www.ccas.org.co> (Cámara de Comercio del Aburrá Sur).

<http://www.ccbarranca.org.co> (Cámara de Comercio de Barrancabermeja).

<http://www.cpcpcolombia.org/home.htm> (promotores del Colegio Profesional de los Contadores Públicos).

<http://www.eltransporte.com>.

<http://www.fedearroz.com.co/index.shtml> (Federación Nacional de Arroceros —FEDEARROZ—)

<http://www.fedecajas.com> (Federación de Cajas de Compensación Familiar —FEDECAJAS—).

<http://www.fedecaucho.com/inicio.htm> (Federación Nacional de Productores y Transformadores de Caucho Natural —FEDECAUCHO—).

<http://www.fedegan.org.co> (Federación Colombiana de Ganaderos —FEDEGAN—).

<http://www.fedepalma.org/index.stm> (Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite —FEDEPALMA—).

<http://www.fenalce.org> (Federación Nacional de Cultivadores de Cereales —FENALCE—).

<http://www.fenavi.org> (Federación Nacional de Avicultores de Colombia —FENAVI—).

<http://www.fondohortifruticola.com.co> (Fondo Nacional de Fomento Hortifrutícola).

<http://www.irib.org.br> (Instituto de Registro Inmobiliario de Brasil).

<http://www.minagricultura.gov.co> (Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural).

<http://www.minambiente.gov.co> (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial).

<http://www.odontologico.edu.co> (Colegio Odontológico Colombiano).

<http://www.porcinoscolombia.org.co> (Asociación Colombiana de Porcicultores —ACP—).

<http://www.rae.es> (Real Academia Española).

<http://www.sic.gov.co> (Superintendencia de Industria y Comercio).

<http://www.ssf.gov.co> (Superintendencia del Subsidio Familiar).

<http://www.supernotariado.gov.co> (Superintendencia de Notariado y Registro).

<http://www.turismocolombia.com> (Fondo de Promoción Turística).