



# Sentencia 037 de 2003 Corte Constitucional

SENTENCIA C-037/03

Referencia: Expediente D-3982

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 17, 46, 53, 93, 143, 160, 165 (parciales) de la ley 734 de 2002 "por la cual se expide el código disciplinario único" y contra el artículo 115 (parcial) de la ley 270 de 1996 "estatutaria de la administración de justicia"

Actor: OSCAR ANTONIO MÁRQUEZ BUITRAGO

Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero del año dos mil tres (2003).

LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL,

En cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

## I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Oscar Antonio Márquez Buitrago demandó algunas expresiones de los artículos 3º, 17, 46, 53, 93, 143, 160 y 165 de la Ley 734 de 2002 "por la cual se expide el Código Disciplinario Único" y del artículo 115 de la Ley 270 de 1996 "Estatutaria de la Administración de Justicia".

Mediante auto del 11 de abril de 2002, el Magistrado Sustanciador resolvió i) admitir la demanda respecto de los artículos 3º, 53, 143, 160 y 165 de la Ley 734 de 2002; ii) inadmitirla en relación con los artículos 17, 46 y 93 de la misma ley por no satisfacer los requisitos de que trata el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 y, en consecuencia, otorgar tres días al demandante para su corrección, y; iii) rechazarla respecto del artículo 115 de la Ley 270 de 1996, decisión última confirmada por la Sala Plena, mediante auto del 14 de mayo del mismo año, al resolver el recurso de súplica que el actor instaurara en su contra.

Por medio de providencia del 11 de junio de 2002, el Magistrado Sustanciador consideró corregida la demanda instaurada contra las expresiones de los artículos 17, 46 y 93 de la Ley 734 de 2002 y la admitió.

Así las cosas, dispuso correr traslado de la demanda al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, ordenó fijar en lista la norma acusada para asegurar la participación ciudadana, así como comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente de la República, al Presidente del Congreso, al Ministro de Justicia y del Derecho, al Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, al Alcalde Mayor de Bogotá, a la Federación Colombiana de Municipios, a la Asociación Colombiana de Universidades ¿ASCUN- y a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a fin de que conceptuaran sobre la constitucionalidad de la norma acusada, de estimarlo oportuno.

Cumplidos los trámites ya relacionados, propios de esta clase de procesos, y previo el concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

## II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación, se transcribe el texto de las disposiciones acusadas, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 44.708 del 13 de febrero de 2002, y se subraya lo demandado:

"LEY 734 DE 2002

(5 de febrero)

*por la cual se expide el Código Disciplinario Único*

*El Congreso de Colombia*

*DECRETA:*

**LIBRO I**

**PARTE GENERAL**

**TITULO I**

**PRINCIPIOS RECTORES DE LA LEY DISCIPLINARIA**

(...)

*Artículo 3º. Poder disciplinario preferente. 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.*

*Las personerías municipales y distritales tendrán frente a la administración poder disciplinario preferente.*

(...)

*Artículo 17. Derecho a la defensa. Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente.*

(...)

**TITULO V**

**FALTAS Y SANCIONES**

**CAPITULO SEGUNDO**

**Clasificación y Límite de las Sanciones**

(...)

*Artículo 46. Límite de las sanciones. La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente.*

*La suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce meses.*

*Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial.*

*La multa no podrá ser inferior al valor de diez, ni superior al de ciento ochenta días del salario básico mensual devengado al momento de la comisión de la falta.*

*La amonestación escrita se anotará en la correspondiente hoja de vida.*

(...)

**LIBRO III**

**REGIMEN ESPECIAL**

**TITULO I**

**REGIMEN DE LOS PARTICULARS**

**CAPITULO PRIMERO**

**Ámbito de aplicación**

(...)

Artículo 53. Sujetos disciplinables. 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 ríjan 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.

(...)

#### LIBRO IV

##### PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

###### TITULO IV

###### SUJETOS PROCESALES

(...)

Artículo 93. Estudiantes de consultorios jurídicos y facultades del defensor. Los estudiantes de los Consultorios Jurídicos, podrán actuar como defensores de oficio en los procesos disciplinarios, según los términos previstos en la Ley 583 de 2000. Como sujeto procesal, el defensor tiene las mismas facultades del investigado; cuando existan criterios contradictorios prevalecerá el del primero.

(...)

###### TITULO VII

###### NULIDADES

Artículo 143. Causales de nulidad. Son causales de nulidad las siguientes:

4. . La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo.
5. . La violación del derecho de defensa del investigado.
6. . La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

Parágrafo. Los principios que orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación, consagrados en el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán a este procedimiento.

(...)

###### TITULO IX

##### PROCEDIMIENTO ORDINARIO

###### CAPITULO SEGUNDO

###### Investigación Disciplinaria

(...)

Artículo 160. Medidas preventivas. Cuando la Procuraduría General de la Nación o la Personería Distrital de Bogotá adelanten diligencias disciplinarias podrán solicitar la suspensión del procedimiento administrativo, actos, contratos o su ejecución para que cesen los efectos y se eviten los perjuicios cuando se evidencien circunstancias que permitan inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público. Esta medida sólo podrá ser adoptada por el Procurador General, por quien éste delegue de manera especial, y el Personero Distrital.

###### CAPITULO III

###### Evaluación de la investigación disciplinaria

(...)

Artículo 165. Notificación del pliego de cargos y oportunidad de variación. El pliego de cargos se notificará personalmente al procesado o a su apoderado si lo tuviere.

Para el efecto inmediatamente se librará comunicación y se surtirá con el primero que se presente.

Si dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación no se ha presentado el procesado o su defensor, si lo tuviere, se procederá a

designar defensor de oficio con quien se surtirá la notificación personal.

Las restantes notificaciones se surtirán por estado.

*El pliego de cargos podrá ser variado luego de concluida la práctica de pruebas y hasta antes del fallo de primera o única instancia, por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente. La variación se notificará en la misma forma del pliego de cargos y de ser necesario se otorgará un término prudencial para solicitar y practicar otras pruebas, el cual no podrá exceder la mitad del fijado para la actuación original."*

### III. DEMANDA, INTERVENCIONES DE ENTIDADES Y CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Con el fin de facilitar el estudio de las normas demandadas, a continuación se reseñarán por separado los cargos formulados contra cada una de ellas, junto con las diferentes intervenciones que fueron allegadas al proceso, así como el concepto rendido por el Ministerio Público.

1. Cargos contra la expresión "Procuraduría General de la Nación", contenida en el inciso 3º del artículo 3º de la Ley 734 de 2002.

-El demandante considera que la mencionada expresión, al otorgar competencia a prevención a la Procuraduría General de la Nación y al Consejo Superior de la Judicatura, para conocer de las faltas disciplinarias de los funcionarios de la rama judicial, desconoce el principio de separación funcional y colaboración armónica entre las diferentes ramas del poder público y organismos autónomos e independientes ¿artículo 113 C.P.-, y, en especial, la cláusula general de competencia "especial y excluyente" atribuida al mencionado órgano judicial para examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la administración de justicia ¿artículo 256 núm.. 3 C.P.-.

Considera que la competencia disciplinaria de la Procuraduría es genérica, en tanto que la referida al control de los funcionarios de la rama judicial es particular del Consejo Superior de la Judicatura y no puede ser alterada por la norma bajo examen.

-El representante de la Colombiana Jurisprudencia, luego de transcribir los artículos 277, numerales 5 al 10, y 278 de la Constitución, manifiesta que, de conformidad con su artículo 256, numeral 3, el Consejo Superior de la Judicatura tiene la competencia, por mandato de la Constitución, para el ejercicio de la acción disciplinaria contra los funcionarios de la rama judicial, por lo que la norma acusada, en cuanto dispone el traslado de esa competencia a la Procuraduría General de la Nación, es inconstitucional.

-El Jefe de la Oficina Asesora de Control Disciplinario Interno de la Alcaldía Mayor de Bogotá considera que la situación puesta a consideración fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte en las Sentencias C-417 de 1993 y C-037 de 1996, por lo que debe estarse a lo allí resuelto. En todo caso, con base en dichos pronunciamientos, señala que el artículo 256 de la Constitución no excluye el poder preferente de la Procuraduría General de la Nación para ejercer la acción disciplinaria en contra de los funcionarios judiciales, salvo que éstos tengan un fuero definido en la Carta.

-El representante de la Federación Colombiana de Municipios, respecto del aparte acusado, transcribe un extenso aparte de la Sentencia SU-337 de 1998, para contradecir los cargos elevados por el actor.

-El Procurador General de la Nación, por su parte, conceptúa que el inciso 3º del artículo 3º de la Ley 734 de 2002 es constitucional, porque acoge la jurisprudencia de la Corte, vertida en la Sentencia SU-337 de 1998, sobre la competencia a prevención de la Procuraduría, el Consejo Superior y los Consejos Seccionales de la Judicatura para ejercer la acción disciplinaria en contra de los funcionarios de la rama judicial.

Para el efecto, luego de reseñar los diferentes pronunciamientos que al respecto ha proferido la Corte ¿C-417/93, C-037 y C-244 de 1996-, indica que la norma demandada respeta los artículos 256 y 277 de la Constitución, por cuanto reconoce el poder disciplinario preferente en cabeza del Ministerio Público, sin desconocer la competencia atribuida por la Carta al Consejo Superior y a los Consejos Seccionales de la Judicatura para disciplinar a los funcionarios de la Rama Judicial, disponiendo una competencia de dichos órganos a prevención, es decir, determinada por la celeridad con que avoquen el conocimiento de la investigación disciplinaria.

Advierte que para el estudio del cargo elevado en contra de la expresión "Procuraduría General de la Nación", se hace necesario integrar la proposición jurídica con el resto del contenido del inciso 3º del artículo 3º, parcialmente demandado.

2. Cargos contra las expresiones "que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente" y "Los estudiantes de los consultorios Jurídicos, podrán actuar como defensores de oficio en los procesos disciplinarios, según los términos previstos en la Ley 583 de 2000", contenidas en los artículos 17 y 93 de la Ley 734 de 2002, respectivamente.

-El accionante considera que los preceptos referidos no garantizan plenamente los derechos y libertades de las personas, como uno de los fines esenciales del Estado, en especial, el derecho a la defensa técnica ¿artículos 2º y 29 C.P.-.

Para el efecto, considera que, si bien es ajustado a la Constitución que el legislador autorice a los estudiantes de derecho adscritos a un consultorio jurídico para que actúen como defensores de oficio en los procesos disciplinarios ¿Sentencia C-143 de 2001-, las normas acusadas deben ser objeto de una interpretación y aplicación restrictiva en los siguientes eventos, donde la asistencia de un estudiante puede resultar inconstitucional: i) cuando se trate de faltas tipificadas como gravísimas ¿artículo 48 de la Ley 734-; ii) en el procedimiento verbal para faltas tipificadas en la misma forma ¿artículo 175 *idem*-; iii) en el procedimiento disciplinario especial ante el Procurador General de la Nación ¿artículos 182 y ss *idem*-, y; iv) cuando el proceso disciplinario culmine con una de las sanciones contempladas en los numerales 1 y 2 del artículo 734 de la misma Ley, caso en el que debe decretarse de oficio la nulidad y retrotraer la actuación para que el imputado sea asistido por un abogado titulado.

Solicita entonces que se condicione la constitucionalidad de los preceptos demandados a que la posibilidad de asistencia por los estudiantes de consultorio jurídico se limite a casos diferentes a los mencionados.

Explica su solicitud señalando que las consecuencias señaladas por la comisión de una falta gravísima a título de dolo o culpa gravísima o de una que afecte el patrimonio económico del Estado destitución e inhabilidad general, suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial e inhabilidad permanente- son de gran magnitud, por lo que, en su opinión, "*dejar la suerte de la defensa de tan alta punición en manos de un estudiante*", resulta desproporcionado.

Con base en la Sentencia C-143 de 2001, considera una omisión legislativa no determinar en forma precisa los rangos de gestión profesional al interior de los procesos disciplinarios en los que resulta necesario exigir los correspondientes títulos de idoneidad. Y contrapone dicha situación a lo dispuesto en materia penal, en donde la actuación de dichos estudiantes se encuentra claramente determinada en el numeral 1º del artículo 1º de la Ley 583 de 2002<sup>1</sup> lo que, a juicio del actor, resulta discriminatorio en contra de los implicados en un proceso disciplinario respecto de los encausados en uno penal.

Finalmente, afirma que la importancia de la sanción debe determinar las condiciones de procedibilidad de la defensa hecha por los estudiantes de derecho adscritos a un consultorio jurídico, dentro del proceso disciplinario, y que corresponde a la Corte, mediante el condicionamiento de constitucionalidad de los preceptos acusados, dar solución a la omisión puesta de presente.

-El representante de la Academia Colombiana de Jurisprudencia considera que la acusación elevada contra las expresiones demandadas de los artículos 17 y 93 son de orden práctico y no jurídico y que el estudio de la conveniencia de la norma es de competencia privativa del Congreso y no de la Corte. Además, advierte que un condicionamiento de constitucionalidad, como el propuesto por el actor, desconoce el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia, pues implicaría que ciertos implicados de escasos recursos, por la magnitud de la falta a ellos atribuida, no pudieran valerse de la asistencia de los consultorios jurídicos para ejercer su defensa.

-El Jefe de la Oficina Asesora de Control Disciplinario Interno de la Alcaldía Mayor de Bogotá estima que el cargo elevado por el actor no resulta procedente.

Para el efecto, resalta las diferencias existentes entre el derecho penal y el derecho disciplinario, indicando que éste es un sistema autónomo, independiente, con objetivos y características propias, como la preservación de la organización y buen funcionamiento de las entidades, ramas y órganos del estado y del correcto comportamiento de los individuos encargados de la prestación de la función pública, cuya aplicación no pone en juego un derecho de primer orden como la libertad, cuestión que justifica la restricción a la actuación de los estudiantes de derecho adscritos a un consultorio jurídico en los procedimientos penales.

De otro lado, opina que la exigencia formal de un título de idoneidad en los procesos disciplinarios no garantiza plenamente el derecho de los implicados a una defensa técnica, pues éste solo se preserva con la intervención oportuna, eficiente y seria de los defensores, cualidades de las que pueden gozar los estudiantes de derecho. Finalmente, indica que en este último caso, además, la idoneidad de la defensa se garantiza porque actúa bajo la coordinación y el control de los profesores encargados del respectivo consultorio.

-El presidente de la Federación Colombiana de Municipios considera que el cargo no debe prosperar porque la Corte, al admitir la posibilidad de que estudiantes funjan como defensores de oficio en los procesos disciplinarios, no realizó condicionamiento alguno. Además, indica que el juicio de proporcionalidad sugerido en la demanda no es procedente porque "*no puede parangonarse un proceso disciplinario con un recurso de casación*". Finalmente, en su opinión, la calidad de la falta no guarda relación con la calidad de la defensa y manifiesta que "*adoptar tan velleidoso criterio es tanto como si se empezara a examinar en qué procesos penales puede participar un estudiante de consultorio según la naturaleza de los delitos que se investiguen, o de las posibles sanciones en que pueda desembocar la actuación*".

-La Vista Fiscal considera que las expresiones demandadas no desconocen la Constitución, sino que, por el contrario, aseguran la asistencia de un defensor en los procesos disciplinarios seguidos contra personas de escasos recursos económicos, por lo que deben ser declaradas exequibles ¿artículos 29 y 229 C.P.

Señala además, que si el legislador está facultado para determinar los casos en los cuales las personas pueden acudir a la justicia sin necesidad de un abogado, con mayor razón lo está para definir aquellos en los cuales puede ser asistido por una persona con cierta formación jurídica como los estudiantes de derecho adscritos a un consultorio jurídico, que, en todo caso, ejercen su labor bajo la supervisión de sus profesores. Finalmente, estima que la restricción a dicha posibilidad, de acuerdo a la gravedad de la falta, como lo pretende el actor, constituye una discriminación en contra de quienes no cuentan con los recursos económicos suficientes para hacerse representar por un abogado titulado.

3. Cargos contra la expresión "*pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente*", contenida en el artículo 46 de la Ley 734 de 2002.

-El accionante considera que la expresión acusada impone una sanción que excede el marco constitucional del artículo 112 de la Constitución, que establece la inhabilidad intemporal para el servidor público que haya sido condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, debiéndose restringir su alcance.

Por ello, solicita que la constitucionalidad de la inhabilidad permanente que allí se prevé, sea condicionada a que, para su imposición, medie una sentencia que declare la comisión de un hecho punible que afecte el patrimonio económico del Estado.

-El representante de la Academia Colombiana de Jurisprudencia coincide con el actor, respecto del cargo elevado, y estima que debe

establecerse un mecanismo que ajuste la sanción prevista en la norma demandada a la condición traída por el inciso final del artículo 122 de la Constitución, para evitar así, las sanciones desproporcionadas.

-Por su parte, el Jefe de la Oficina Asesora de Control Disciplinario Interno estima que la expresión acusada debe ser declarada exequible. Señala que, el artículo 122 de la Constitución prevé la sanción de inhabilidad intemporal, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la ley, como las disciplinarias de destitución e inhabilidad general. Así las cosas, dada la autonomía del régimen disciplinario, no es de recibo la prejudicialidad planteada por el demandante y la sujeción de la sanción a la existencia de una condena penal. En consecuencia, considera que las sanciones, la prevista en la Constitución y en el aparte acusado, no se excluyen ni se perjudican aunque, aparentemente, tengan la misma finalidad.

De otro lado, señala que la sanción prevista en la expresión acusada resulta proporcional en cuanto, de conformidad con el artículo 44 de la Ley 734 de 2002, solamente procede para castigar las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima y no para las demás, así afecten el patrimonio público.

-El representante de la Federación Colombiana de Municipios considera que el cargo elevado proviene de la apreciación personal del demandante, pues, la Corte y el Consejo de Estado han encontrado compatible la inhabilidad general con el ordenamiento jurídico.

-El Jefe del Ministerio Público considera que la sanción de inhabilidad permanente prevista en el aparte acusado es constitucional y debe ser declarada exequible. Al respecto, señala que la Corte ha analizado el alcance y la finalidad de la intemporalidad de la inhabilidad para acceder y desempeñar ciertos cargos y funciones públicas ¿inc. final, artículo 122 C.P.-, en las Sentencias C-111 de 1998 y C-952 de 2001, análisis del que se puede concluir que tal determinación, más que tener un fin sancionatorio, tiene uno moralizador y de garantía para el adecuado desarrollo de funciones públicas.

Desde esta perspectiva, manifiesta que nada obsta para que el legislador establezca como faltas disciplinarias algunos hechos punibles y sancionarlos con la inhabilidad intemporal para desempeñar funciones públicas. Lo anterior, como quiera que el legislador se encuentra facultado para prever faltas y sanciones, siempre que respondan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Considera razonable la mencionada sanción en virtud de los fines que cumple el derecho disciplinario, pero siempre y cuando la falta corresponda a las descritas en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 de 2002<sup>2</sup> En su concepto, para imponer la sanción, es necesario que la conducta disciplinable esté tipificada como delito sancionable a título de dolo, que se realice en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o abusando del mismo y que traiga como consecuencia la afectación del patrimonio económico del Estado, pero siempre que el juez penal haya determinado si el delito afectó o no el patrimonio, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 38 de la mencionada ley.

Así las cosas, dice, cuando un servidor público incurra en faltas que afecten el patrimonio del Estado y que a su vez hagan parte del comportamiento descrito en el numeral 1 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, se le debe imponer la sanción prevista para las faltas gravísimas, y en caso de que por este mismo comportamiento sea condenado penalmente y el juez en la sentencia haya especificado que la conducta objeto de la misma constituyó un delito que afectó el patrimonio del Estado, la inhabilidad general o especial que se le hubiese impuesto al culminar el proceso disciplinario debe ser modificada por la inhabilidad de carácter permanente de que trata la norma acusada.

De ese modo, la Vista Fiscal señala que el artículo 46 parcialmente acusado debe entenderse exequible, pues la inhabilidad a que hace referencia está condicionada a la existencia de la condena penal de que trata la Constitución, ya que de no existir ésta, solamente puede imponerse la sanción de inhabilidad dentro de los máximos que establece la Ley 734 de 2002: 20 años. Ahora bien, si después de impuesta la sanción se profiere la sentencia penal, en su concepto la inhabilidad para efectos de la condena penal será permanente, de conformidad con el artículo 122 Superior.

4. Cargos contra la expresión "que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales", contenida en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002.

-A juicio del accionante, la expresión acusada reproduce el contenido material de una norma de la Ley 200 de 1995 (apartes se los artículos 29 y 32), que la Corte declaró inexequible mediante Sentencia C-280 de 1996, referida a la necesaria subordinación que debe existir entre quien es sujeto de control disciplinario y el Estado. En razón de lo anterior, considera que la expresión demandada debe ser retirada del ordenamiento.

-El representante de la Academia Colombiana de Jurisprudencia considera que el aparte acusado del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 en cuanto extiende el régimen disciplinario a los contratistas del Estado, constituye una extralimitación que desconoce el diferente régimen constitucional de responsabilidad al que están sometidos los particulares, los cuales de acuerdo con el artículo 6 superior pueden hacer todo aquello que la ley no les prohíbe, contrariamente a los servidores públicos.

-Para el Jefe de la Oficina Asesora de Control Disciplinario Interno de la Alcaldía Mayor de Bogotá, el aparte demandado es exequible. Indica que para realizar el estudio del aparte acusado, es necesario diferenciar si el interventor es servidor público o particular, ya que en el primer caso es sujeto del régimen disciplinario general, en tanto que, en el segundo, debe aplicarse el régimen especial del Título I del Libro III de la ley 734 de 2002.

De otro lado, señala que la jurisprudencia vertida en la Sentencia C-280 de 1996, sobre la cual el accionante funda sus cargos, no resulta aplicable en el presente caso, pues el supuesto de hecho considerado por la expresión acusada se refiere a particulares que cumplen una función pública, como la interventoría en los contratos estatales, sobre los cuales es constitucional ejercer un control disciplinario ¿artículos 6º y

123 C.P.-.

-El representante de la Federación Colombiana de Municipios considera que la expresión acusada es constitucional, pues establece un régimen propio y diferente para hacer responsables disciplinariamente a los particulares, necesidad advertida en la Sentencia C-286 de 1996. Señala además, que el hecho de que dicho régimen esté inmerso en un régimen dirigido a funcionarios públicos no resulta contrario a la Carta.

-El Jefe del Ministerio Público solicita que se declare la exequibilidad de la expresión acusada. Manifiesta en primer lugar que ésta no constituye la reproducción de una norma declarada exequible ya que su contenido no corresponde con el de los textos legales que el demandante cita, debiendo descartarse la configuración de la cosa juzgada material.

De otro lado, afirma que la inclusión de particulares que cumplen funciones públicas como destinatarios de la ley disciplinaria obedece, entre otras razones, a que la Constitución, inspirada en el principio de colaboración, le otorgó facultades a los particulares para el desarrollo de funciones públicas ¿artículos 116, 123 y 209-. Igualmente, en razón de que en la Sentencia C-286 de 1996 se advirtió la necesidad de que dichos particulares fueran objeto de un régimen disciplinario especial, con base en la correcta interpretación del artículo 6º de la Constitución. Al respecto, cita también las Sentencias C-280 de 1996, C-563 de 1998 y C-181 de 2002.

Así las cosas, el legislador en ejercicio de su facultad para determinar el régimen aplicable a los particulares que temporal y permanentemente desempeñen funciones públicas, cuestión que incluye el ámbito disciplinario, previó que los particulares que cumplen labores de intervención en los contratos estatales sean destinatarios de la ley disciplinaria, dada la naturaleza de las funciones que asumen.

Ahora bien, respecto de lo considerado en la Sentencia C-280 de 1996, traída a colación por el accionante, en la que, refiriéndose al contrato de prestación de servicios, determinó que el contratista no podía ser sujeto pasivo del derecho disciplinario por cuanto entre éste y la administración no existía vínculo alguno de subordinación, la Vista Fiscal manifiesta que tal doctrina debe ser revisada, como quiera que ella comprende solamente el criterio subjetivo para determinar a los destinatarios del poder disciplinario, dejando de lado el criterio material, que permite disciplinar, con fundamento en la función que realizan, a quienes en su condición de particulares ejercen o prestan servicios públicos.

Así mismo, dicho control encuentra razón de ser en la obligación de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, a través del derecho disciplinario, fines que deben perseguir también los particulares que han elegido prestar funciones públicas, sin importar la condición bajo la cual han accedido a esa labor.

A juicio del Jefe del Ministerio Público la función de intervención de los contratos estatales, por su especificidad e importancia debe ser considerada como una función pública y por ende, el legislador acertó al convertir en sujeto pasivo de la ley disciplinaria a los particulares que ejercen dicha función.

5. *Cargos contra la expresión "presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política"*, contenida en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002.

-El accionante considera que la expresión mencionada transgrede los artículos 84, 333 y 365 constitucionales al señalar como sujetos disciplinables a los particulares que presten los servicios públicos contemplados en el artículo 366 de la Constitución, porque permite al Estado extender sus actuaciones más allá de la regulación, control y vigilancia ¿artículo 365 C.P.-, "dentro de esquemas de prestación de servicios a cargo del Estado, mediante mecanismos derivados de la libertad contractual, la libertad de empresa y la libertad de competencia propia de las personas naturales y jurídicas".

Trae un ejemplo para explicar lo que llama la "violación al principio de jerarquía autoordenativa", que, dice, se encuentra establecido por los artículos 84 y 333 de la Constitución, que prohíben a las autoridades exigir nuevos requisitos a los particulares para el ejercicio de una actividad. Así, refiriéndose al régimen de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se rigen fundamentalmente por normas de derecho privado y que ejecutan sus actividades basadas en la libertad de empresa y la prohibición de monopolios y de abuso a la posición dominante, señala que la posibilidad del Estado de disciplinar a sus trabajadores constituye la introducción de "un elemento exógeno, de orden extralegal" y desconoce la existencia de normas previamente fijadas, como la Ley 142 de 1994, las normas que dicten las comisiones de regulación y el correspondiente reglamento de trabajo.

Estima que tal extramilitación del legislador, desconoce los principios de jerarquía constitucional y unidad del ordenamiento jurídico, ya que si bien el legislador puede determinar el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas ¿artículo 123 C.P.-, entre ellos, el régimen disciplinario, debe diferenciar entre función pública y actividad pública. Pues ésta última, al ser desarrollada por los particulares no genera la subordinación al Estado, necesaria para determinar a los sujetos disciplinables.

-El Jefe de la Oficina Asesora de Control Disciplinario Interno de la Alcaldía Mayor considera que los particulares que ejerzan transitoriamente una función pública deben responder disciplinariamente por sus actuaciones, con base en el artículo 123 de la Constitución, por lo que la expresión "presten servicios públicos a cargo del Estado" debe ser declarada exequible.

Sin embargo, opina lo contrario de la expresión "de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política", pues no encuentra una justificación razonable para que el legislador haya excluido del control disciplinario a los particulares que presten servicios públicos diferentes a los señalados en el artículo 366. Por lo anterior, solicita que se declare la inexequibilidad del aparte mencionado.

-Por su parte, el representante de la Federación Colombiana de Municipios considera ambigua la expresión "servicios públicos a cargo del estado", por lo que solicita a la Corte que aclare que solamente puedan ser sujetos pasivos del proceso disciplinario "aquellos particulares que

presten servicios que la legislación haya dejado a cargo del Estado pero éste, por vías como la concesión, haya admitido la colaboración privada", pues a su decir, solo en estos eventos se configura la relación de sujeción especial que justifica el poder disciplinario. Lo anterior, porque no estima coherente que a la vez que se produce un fenómeno de "desestatización", con trabajadores y empresas sujetas al derecho privado, se imponga el poder disciplinario del Estado.

-El Jefe del Ministerio Público considera que es constitucional señalar como sujetos pasivos de la ley disciplinaria a los particulares que presten los servicios públicos de que trata el artículo 366 de la Constitución.

Partiendo de la base de que los particulares que prestan funciones públicas deben ser objeto del control disciplinario por parte del Estado, conceptúa que resulta razonable establecer dicho control sobre aquellos que prestan los servicios públicos de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, por la importancia de éstos para la totalidad de la población colombiana y la necesidad de que los mismos se presten de manera eficiente y adecuada.

Lo anterior en armonía con el deber del Ministerio Público de ejercer la vigilancia sobre la conducta de quienes desempeñan funciones públicas o prestan servicios públicos.

Señala que la expresión demandada no desconoce el artículo 365 de la Constitución, que prevé que los servicios públicos se sujeten al régimen jurídico establecido en la ley, pues el hecho de que ésta les fije uno de carácter privado, no obstaculiza la función del Ministerio Público de vigilar la eficiencia de la prestación de los servicios públicos, de conformidad con el inciso 1º de dicho precepto, e incluso disciplinar a los responsables por ello.

Igualmente indica que no se desconoce la libertad de empresa ¿artículo 333 C.P.-, pues lo previsto en la expresión acusada no interfiere en la capacidad de las empresas para desarrollar su actividad y competir con libertad, siempre y cuando no desconozcan que tienen una responsabilidad social en razón al servicio que prestan, cuestión que fundamenta el ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de su titular, la Procuraduría General de la Nación.

Finalmente, manifiesta que el hecho de que la Ley 142 de 1994 haya previsto que el régimen laboral de las personas que se desempeñan en las empresas de servicios públicos privadas o mixtas es el previsto en el Código Sustantivo del Trabajo no impide que dichos particulares sean disciplinados de conformidad con el Código Disciplinario Único.

6. *Cargos contra la expresión "cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la junta directiva"*, contenida en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002.

-El demandante manifiesta que la expresión mencionada vulnera el artículo 29 de la Constitución, porque desconoce los principios de individualización de la responsabilidad y de la pena, como parte del principio de responsabilidad subjetiva, que exige la ocurrencia de la culpa, concepto individual dentro del presupuesto de responsabilidad.

En todo caso, advierte, la redacción de la norma resulta inconstitucional, "toda vez que al no realizar una discriminación concreta de la forma en que puede operar dicho traslado de la responsabilidad, implica de manera franca y abierta una violación al principio de proporcionalidad". Se apoya en apartes de las Sentencias C-591 de 1993 y C-070 de 1996.

-En opinión del Jefe de la Oficina Asesora de Control Disciplinario Interno de la Alcaldía Mayor de Bogotá, el aparte demandado es exequible en tanto que hace a las personas jurídicas, que presten un servicio público a cargo del Estado, responsables disciplinariamente, por lo que resulta necesario materializar las acciones del Estado en contra de personas humanas. Es decir, "en el ejercicio de la acción disciplinaria se determinará cuál fue el órgano o la persona responsable de afectar la función pública y sólo en el juicio disciplinario con el adelantamiento de los postulados del debido proceso se individualizará e identificará al particular que debe responder por su conducta". Sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, cita un aparte de la Sentencia C-320 de 1998.

-El representante de la Federación Colombiana de Municipios considera que la acusación elevada contra la expresión demandada proviene de un mal entendimiento de la misma por parte del actor, pues habla de que no es posible trasladar la responsabilidad de un agente o trabajador de una persona jurídica, de forma directa al representante legal. La hipótesis que la norma prevé, dice, se refiere a que "la falta sea predictable de la persona jurídica como tal, para señalar que en tal caso incumbe responsabilidad al representante legal o a la Junta, obviamente según quien haya incurrido en falta".

-El Procurador General de la Nación considera que las expresiones acusadas no desconocen la Constitución y por ello deben ser declaradas exequibles.

Manifiesta que el representante legal tiene las funciones de representar a las personas jurídicas judicial y extra judicialmente, adoptar las decisiones necesarias y pertinentes para el cumplimiento de su objeto social y las demás que le señalen los estatutos.

De ese modo, considera que cuando la persona jurídica ejerce funciones públicas o presta un servicio público, tiene el deber de ser diligente y vigilante del desarrollo de la gestión, en razón a que el Estado le ha confiado atribuciones y labores para que las ejecute en su nombre, por lo que cualquier abuso u omisión de las mismas puede producir eventuales perjuicios a los asociados en general, constituyéndose en conductas objeto de reproche disciplinario.

Para la vista fiscal, el representante legal o la junta directiva, por la función que cumplen respecto de la persona jurídica, son los sujetos

obligados a responder disciplinariamente por la gestión que realiza dicho ente, sin perjuicio de las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria en que puedan estar incursos dichos representantes, evento en el cual debe actuarse de conformidad. Trae un aparte de la Sentencia C-320 de 1998, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

De otro lado, considera que no le asiste razón al demandante cuando afirma que las expresiones que se estudian desconocen los principios de individualización de la responsabilidad y de la pena. Por el contrario, señala que la norma individualiza la pena porque dispone que los actos que transgredan la esfera disciplinaria que afecten los servicios públicos prestados por la persona jurídica deben recaer en sus representantes, responsabilidad que no debe ser trasladada a personas distintas, porque son las llamadas a tomar las decisiones correspondientes a nombre de la persona jurídica. Advierte que tal previsión, en todo caso, no exime a los demás servidores de la sociedad de cumplir con los mandatos de la Constitución y la ley.

7. **Cargos contra la expresión "para proferir fallo"** del artículo 143 de la Ley 734 de 2002.

-A juicio del demandante, la expresión transcrita, al señalar las causales de nulidad del proceso disciplinario, desconoce los artículos 6, 29 y 122 de la Constitución, ya que permite adelantar diligencias diferentes al fallo, como la instrucción, a autoridades que no gozan de competencia. En efecto, no halla razón de orden legal o constitucional que permita dicha situación, al interior de un Estado constitucional democrático de derecho.

- El representante de la Academia Colombiana de Jurisprudencia coincide plenamente con lo argumentado por el accionante.

-Para el Jefe de la Oficina Asesora de Control Disciplinario Interno de la Alcaldía Mayor de Bogotá, el contenido material del aparte demandado ya fue objeto de pronunciamiento de constitucionalidad por parte de la Corte, en la Sentencia C-181 de 2002, al analizar el numeral 1º del artículo 131 de la Ley 200 de 1995, por lo que al respecto debe estarse a lo resuelto en dicha sentencia.

-El representante de la Federación Colombiana de Municipios comparte plenamente las acusaciones elevadas por el actor contra la expresión demandada.

-Para el Procurador General de la Nación en este caso ha operado el fenómeno de la cosa juzgada material por cuanto sobre el mismo punto la Corte se pronunció en la Sentencia C-181 de 2002, cuando declaró ajustado a la Constitución el artículo 131 de la Ley 200 de 1995.

Advierte en todo caso que lo dispuesto en la expresión demandada no desconoce el derecho al debido proceso. Para el efecto, indica que, de conformidad con la Constitución, el Ministerio Público tiene la cláusula general de competencia en materia disciplinaria, pero dicha competencia se ha desconcentrado en diferentes órganos y entidades del Estado. De ese modo, indica que el control disciplinario puede ejercerse en forma interna, a cargo del superior jerárquico del funcionario, o externa, de competencia exclusiva del Procurador General de la Nación, sus delegados y agentes.

Señala que el funcionario del conocimiento de la acción disciplinaria es el encargado por la Constitución y la ley para conocer y fallar el proceso disciplinario y a quien corresponde tomar las decisiones de fondo dentro del mismo. No obstante, la Ley 734 de 2002 prevé la posibilidad de que la etapa probatoria la adelante un funcionario de igual o inferior jerarquía, que puede ser de la misma entidad o de las personerías municipales o distritales. Dicha designación, solo la puede efectuar el jefe de la entidad, o de la personería regional o seccional, según el caso ¿artículo 133-. El funcionario comisionado entonces, tiene funciones meramente instructoras, que comprenden el decreto y práctica de pruebas, pero las decisiones de fondo le corresponden a las autoridades indicadas en los artículos 76 y 78 de la mencionada ley.

En ese orden de ideas, dado que el funcionario comisionado es un mero delegado, en éste no recae el requisito de la competencia y por lo tanto la nulidad procesal solo puede predicarse de quien va a adoptar el fallo, con lo cual se cumple el principio del juez natural, lo cual no obsta para que delegue en otro funcionario determinadas actuaciones procesales.

8. **Cargos contra las expresiones "Distrital de Bogotá" y "Distrital"** del artículo 160 de la Ley 734 de 2002.

-El actor considera que las expresiones acusadas desconocen el principio de igualdad ¿artículo 13 C.P.-, al permitir solamente a la Personería Distrital de Bogotá, y no a las demás personerías, la posibilidad de tomar las medidas preventivas establecidas en el artículo 160 de la Ley 734 de 2002. Indica que tal desigualdad es inconstitucional, pues establece un trato discriminatorio sin justificación alguna.

-El Jefe de la Oficina Asesora de Control Disciplinario Interno de la Alcaldía Mayor de Bogotá estima que para estudiar la constitucionalidad de las expresiones demandadas debe estudiarse la de la totalidad del artículo 160 de la Ley 734, porque ni la Procuraduría General de la Nación ni la Personería Distrital de Bogotá tienen competencia para poner en tela de juicio la presunción de legalidad de las actuaciones administrativas, cuestión que recae en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por ello, solicita a la Corte que declare la unidad normativa advertida y se estudie a fondo la totalidad del artículo 160 del C.D.U...

-El representante de la Federación Colombiana de Municipios no se pronunció al respecto.

-A juicio del Procurador General de la Nación, las expresiones demandadas del artículo 160 de la Ley 734 de 2002, desconocen la Constitución y deben ser declaradas inexequibles, porque desconocen el principio de igualdad.

Al respecto hace algunas consideraciones en relación con la constitucionalidad de la facultad que se otorga al Ministerio Público en el artículo 160 parcialmente acusado. Manifiesta que tal facultad constituye un desarrollo legislativo de la labor preventiva que cumple el Ministerio Público

junto con sus demás funciones tendientes a lograr de manera eficaz que quienes tienen a su cargo funciones públicas cumplan los fines Estatales artículo 277, numerales 1, 3 y 5 C.P.-. Igualmente, indica que la mencionada facultad no implica un desconocimiento del principio de separación de poderes o coadministración, ni injerencia en la órbita de competencias de la Contraloría General de la República, ni suponen una paralización de la administración, sino que constituye una medida razonable tendiente a defender los intereses de la sociedad y al cumplimiento de los cometidos estatales, por parte del órgano de control.

Así mismo, considera que tampoco se desconoce el principio de la buena fe y el debido proceso, pues la facultad de solicitar la suspensión está debidamente restringida a los eventos en que se evidencien circunstancias que permitan inferir objetivamente la vulneración del ordenamiento jurídico o la defraudación del patrimonio público. Finalmente, señala que tampoco se desconoce la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que son objeto de control judicial, pues tal competencia varía sustancialmente de la atribuida al Procurador General de la Nación en la norma que se examina.

No obstante lo anterior, considera que la competencia otorgada en el artículo 160 de la Ley 734 de 2002 al Personero de Bogotá quebranta el principio de igualdad, porque la Constitución, aunque establece un régimen político, fiscal y administrativo especial en relación con el Distrito Especial de Bogotá, no dice nada respecto del control disciplinario que esta en cabeza exclusiva del Procurador General de la Nación, de modo que no existe un fundamento constitucional para dotar al personero Distrital de un régimen distinto al de los demás personeros, más aún cuando la Constitución tiene prevista la existencia de otros Distritos Especiales, a los que la norma no les confiere la misma facultad.

Este tratamiento diferente, asegura, no resiste el test de igualdad que permite su permanencia en el ordenamiento jurídico, por lo que las expresiones acusadas deben ser declaradas inexequibles.

9. Cargos contra las expresiones "*y se surtirá con el primero que se presente*" y "*el procesado*", contenidas en el artículo 165 de la Ley 734 de 2002.

-Para el demandante, las expresiones desconocen el debido proceso artículo 29 C.P.- en cuestiones tan importantes dentro del procedimiento disciplinario como la notificación del pliego de cargos y la posibilidad de buscar su variación jurídica.

Indica que los apartes normativos contienen una desigualdad al interior del proceso entre imputado y defensor, sujetos a los que, dice, la Corte ha considerado como una parte única articulada que desarrolla una actividad que se encamina a estructurar una defensa común<sup>3</sup>, al prescribir efectos diferentes ante la posibilidad real de la ausencia de uno de los dos, "*para poder estructurar los diferentes estancos procesales que implica una actuación cualquiera*"..

-El representante de la Academia Colombiana de Jurisprudencia señala que la expresión acusada desconoce el derecho a la defensa y al debido proceso del implicado, en beneficio de la comodidad del funcionario que adelanta la investigación, vulnerándose así también, el principio de igualdad.

-El Jefe de la Oficina Asesora de Control Disciplinario Interno de la Alcaldía Mayor de Bogotá, encuentra infundadas las acusaciones elevadas por el accionante.

Para el efecto, señala que no constituye desigualdad alguna entre el disciplinado y su defensor, que la norma acusada prevea que la notificación personal pueda surtirse con la realizada a cualquiera de ellos, pues uno y otro constituyen una parte única y articulada, tal y como lo reconoce el actor. Igualmente, considera que la norma siempre prevé la notificación personal del pliego de cargos al imputado, al defensor o al defensor de oficio, nombrado luego del intento de notificación personal al interesado. Y la notificación por edicto, debe entenderse para los sujetos procesales diferentes al imputado y el defensor.

De otro lado, indica que no es cierto que la notificación personal se restrinja únicamente al pliego de cargos, supuesto de hecho regulado en el artículo 165 parcialmente acusado, ya que esa forma de notificación también está prevista para los autos de apertura de indagación preliminar y de investigación disciplinaria y el fallo.

-Para el representante de la Federación Colombiana de Municipios resulta inconstitucional que la notificación del pliego de cargos pueda realizarse al disciplinado, cuando ha nombrado apoderado para que lo asista durante el proceso. Lo anterior, dice, se fundamenta en la necesidad de que la relación entre el asociado y el Estado, dentro de una actuación administrativa, esté mediada por la técnica, cuestión que, dice, ha sido reconocida por la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha venido señalando que las notificaciones que se realizan al interesado, dentro de un procedimiento administrativo, cuando media una relación de mandato debidamente reconocida son inválidas, pues deben hacerse al apoderado, no al poderdante.

-El Jefe del Ministerio Público considera que respecto de las expresiones acusadas, contenidas en los incisos 2º y 3º del artículo 165 de la Ley 734 de 2002, el accionante no expuso un cargo claro de inconstitucionalidad, puesto que las expresiones acusadas permiten que la notificación personal del pliego de cargos se efectúe alternativamente al procesado o su defensor, circunstancia que en manera alguna constituye un tratamiento diverso para éstos, como lo afirma el demandante, por ende, la hipótesis contenida en la norma no es la que el actor infiere, razón por la cual, existe inepta demanda en relación con esta acusación, por lo que solicita a la Corte que se inhiba para pronunciarse de fondo sobre el asunto.

10. Cargos contra la expresión "*las restantes notificaciones se surtirán por estado*", contenida en el artículo 165 de la Ley 734 de 2002.

-A juicio del actor, aceptar que solamente la notificación del auto de cargos disciplinarios sea notificada personalmente y la de las demás

actuaciones lo sea por estado, vulnera el derecho de defensa artículo 29 C.P.-. Cita un aparte de la Sentencia C-370 de 1994.

-El Procurador General de la Nación manifiesta en el concepto allegado a la Corte que la expresión acusada observa el principio de publicidad de las actuaciones, como parte del derecho al debido proceso. Señala que las decisiones de la administración que afecten a una persona en concreto deben ser cierta y oportunamente notificadas a éstas con el fin de garantizar dicho derecho, pero que la determinación de la forma en que tal notificación debe llevarse a cabo puede ser definida por el legislador.

Al respecto, señala que el artículo 165 parcialmente demandado es especialmente cuidadoso en garantizar la publicidad de las actuaciones disciplinarias, pues prevé que el pliego de cargos debe ser notificado personalmente al disciplinado y/o a su apoderado y que si a los 5 días de dicha comunicación ninguno de los dos se presenta al proceso, se procede a nombrar un defensor de oficio con el cual se surta la notificación. Además, al disponer que las demás notificaciones se hagan por estado, se garantiza que quien no hubiere sido notificado personalmente del pliego de cargos tenga conocimiento del mismo.

11. Cargos contra las expresiones "*por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente*", "*prudencial*" y "*la mitad del fijado*", contenidas en el inciso 3º del artículo 165 de la Ley 734 de 2002.

-El accionante estima que las expresiones mencionadas deben ser declaradas inexequibles por razones de unidad normativa y por violación al Deusto Proceso.

En general, considera que la posibilidad de variar el pliego de cargos, luego de estar en firme y hasta antes de proferir el fallo de instancia, por error en la calificación jurídica o por la aparición de nuevas pruebas, vulnera el principio de seguridad jurídica. Señala que tal facultad no permite al disciplinado tener certeza del cargo, con base en la cual dirija su defensa. Así mismo, estima que tal potestad "*puede degenerar en un peligrosoismo jurídico*", ya que so pretexto de adquirir certeza sobre la falta imputada, es posible introducir variaciones al auto de cargos en forma ilimitada, lo cual resulta inconstitucional.

-El representante de la Academia Colombiana de Jurisprudencia coincide con lo afirmado por el demandante, en relación con la vulneración del principio de seguridad jurídica por la posibilidad de variar el pliego de cargos, luego de agotada dicha etapa procesal.

-A juicio del Jefe de la Oficina Asesora de Control Disciplinario Interno de la Alcaldía Mayor de Bogotá, el precepto acusado, al regular la posibilidad de cambiar el pliego de cargos, garantiza el debido proceso y el derecho de defensa del disciplinado, pues se otorga la oportunidad de controvertir dicho cambio, solicitando y aportando pruebas que la desvirtúen. En todo caso, considera que el pliego de cargos es una decisión de fondo que no culmina el proceso y tiene carácter provisional, por lo que resulta obvia la posibilidad de su variación.

-El Jefe del Ministerio Público señala que la posibilidad de variar el pliego de cargos no desconoce el derecho de defensa y por tanto, las expresiones acusadas deben ser declaradas conforme a la Constitución. Al respecto, señala que la finalidad de la norma enjuiciada corresponde al interés del proceso de definir la situación del disciplinado, pero fundándose en la verdad real y no en calificaciones ajenas a ella. Así mismo, considera que la defensa del procesado no debe entenderse como que resida en la certidumbre de que la administración de justicia permanezca en error y la acusación se mantenga intangible, sino en que ante la variación de ésta, el procesado tenga la posibilidad de cambiar su estrategia defensiva, de contradecir los hechos nuevos y a tener el derecho a que se tengan en cuenta los propios. Cita las Sentencias C-491/96, C-541/98 y C-1288/01, entre otras.

Igualmente, señala que no se desconoce el principio de cosa juzgada, que en materia disciplinaria consiste en que no se puede someter a un nuevo proceso disciplinario al funcionario que por los mismos hechos ya fue declarado responsable, esto es con objeto y causa idénticos, independientemente de si fue absuelto o sancionado. De modo que como el pliego de cargos no es una decisión definitiva, no se vulnera dicho principio cuando se permite su variación. Y sobre el principio de no reformatio in pejus que significa la imposibilidad de agravar la pena con ocasión de un fallo de segunda instancia, advierte que no se quebranta pues el pliego de cargos solamente puede ser modificado una vez concluya la práctica de pruebas y hasta antes del fallo de primera o única instancia, siempre que se permita al disciplinado ejercer su derecho de contradicción frente a la variación.

#### **IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

##### **1. Competencia**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4º, de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues las expresiones acusadas hacen parte de la Ley 734 de 2002, que es una ley de la República.

##### **2. Consideraciones Preliminares**

Previamente al análisis de fondo, la Corte considera necesario referirse a (i) la incidencia de la cosa juzgada constitucional en el presente proceso, así como a (ii) la solicitud de inhibición que presenta el señor Procurador General de la Nación.

###### **2.1 La incidencia de la Cosa juzgada constitucional en el presente proceso**

La Corte constata que en relación con buena parte de las disposiciones acusadas en el presente proceso la Corporación ha tenido ya la oportunidad de pronunciarse sobre su constitucionalidad en las sentencias C-948/02, C- 977/02 y C-1076/02 y que en este sentido ya ha

analizado la mayoría de los cargos planteados por el actor en su demanda. Cabe advertir sin embargo que en relación con algunas de estas disposiciones el pronunciamiento efectuado por la Corte no ha hecho tránsito a cosa juzgada absoluta por lo que es necesario precisar a continuación el alcance de las decisiones aludidas en relación con cada uno de los cargos de la demanda.

2.1.1. Existencia de cosa juzgada en relación con los cargos planteados contra los apartes acusados de los artículos 3, 17, 46, 53-segundo inciso, 93, 143 y 165 incisos 4 y 5 de la Ley 734 de 2002.

2.1.1.1. Mediante la sentencia C-948/02 la Corte declaró:

(i) la inexequibilidad de las expresiones "*La Procuraduría General de la Nación y*" y "*a prevención*" contenidas en el tercer inciso del artículo 3 de la Ley 734 de 2002

(ii) la exequibilidad de la expresión "*que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las Universidades reconocidas legalmente*" contenida en el artículo 17 de la Ley 734 de 2002.

(iii) la exequibilidad condicionada de la expresión "*pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente*" contenida en el primer inciso del artículo 46 de la Ley 734 de 2002 bajo el entendido que se aplica exclusivamente cuando la falta sea la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado, conforme a lo dispuesto en el inciso final del Artículo 122 de la Constitución Política.

2.1.1.2 A su vez en la sentencia C-1076/02 la Corte declaró:

(i) la exequibilidad condicionada de la expresión "*Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.*" contenida en el segundo inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 bajo el entendido que la falta le fuere imputable por el incumplimiento de los deberes funcionales.

(ii) la exequibilidad de la expresión "*Los estudiantes de los Consultorios Jurídicos, podrán actuar como defensores de oficio en los procesos disciplinarios, según los términos previstos en la ley 583 de 2000.*" contenida en el artículo 93 de la Ley 734 de 2002.

(iii) en relación con la expresión "*para proferir fallo*" contenida en el numeral 1º del artículo 143 de la Ley 734 de 2002 la Corporación decidió estar a lo resuelto en la Sentencia C-181/02 que declaró exequible la misma expresión contenida en el numeral 1 del artículo 131 de la Ley 200 de 1995, por considerar que en ese caso se configuraba el fenómeno de la cosa juzgada material.

(iv) la exequibilidad de la expresión "*las demás notificaciones se harán por estado*" contenida en el cuarto inciso del artículo 165 de la Ley 734 de 2002.

(v) la exequibilidad del quinto inciso del artículo 165 de la Ley 734 de 2002, con excepción de la expresión "*de ser necesario*" que fue declarada inexequible.

Así las cosas en relación con las disposiciones aludidas han operado el fenómeno de cosa juzgada absoluta y debe estarse a lo resuelto en las citadas providencias, como se señalará en la parte resolutiva de esta sentencia.

2.1.2. Ausencia de cosa juzgada constitucional en relación con los cargos formulados contra los apartes acusados del artículo 160 de la Ley 734 de 2002

La Corte constata que si bien mediante sentencia C- 977/02 se declaró la exequibilidad del artículo 160 de la ley 734 de 2002, la Corporación limitó los efectos de la decisión a los cargos estudiados en esa ocasión, los cuales son diferentes de los que propone el actor en el presente proceso en contra de algunas expresiones del mismo artículo 160.

En efecto, en dicho proceso el demandante solicitó a la Corte Constitucional declarar la inconstitucionalidad del artículo 160 de la Ley 734 de 2002 por la supuesta vulneración de los artículos 29, 83, 238 y 277 numeral 1º de la Constitución, mientras que en el presente caso el actor limita su acusación a las expresiones "Distrital de Bogotá" y "Distrital" contenidas en dicho artículo 160 por considerar que con ellas se vulnera el artículo 13 superior al conferir una competencia al Personero Distrital de Bogotá con exclusión de los demás personeros del país sin que exista una justificación razonable para este trato diferente.

Al respecto es pertinente recordar que la Corte limitó los efectos de su decisión en dicha sentencia y concretamente decidió abstenerse de pronunciarse sobre los argumentos planteados en esa ocasión por la vista fiscal, que coinciden con el cargo formulado contra las expresiones acusadas en el presente proceso.

Dijo la Corte sobre el particular:

*"Finalmente pasa la Corte a considerar si se pronuncia sobre el argumento de inconstitucionalidad parcial esgrimido por la delegada del Ministerio Público al rendir Concepto Fiscal en el presente proceso, a saber, que las expresiones de la norma "o la Personería Distrital de Bogotá" y "y el Personero Distrital" violan el principio de igualdad, ya que le asignan exclusivamente al Personero Distrital de Bogotá la facultad de adoptar la medida provisional, sin que exista fundamento constitucional alguno para no otorgarle dicha facultad a los demás personeros, en especial a los Distritales del país (de Cartagena, Santa Marta y Barranquilla) que también cumplen las funciones de Ministerio Público. La Corte reitera que el Ministerio Público en su concepto no hace las veces de demandante y, por lo tanto, no puede formular propiamente cargos nuevos aunque sí puede plantear argumentos adicionales a los esgrimidos por el actor e invitar a la Corte a que juzgue las normas acusadas a la luz de*

toda la Constitución indicando cuáles son los vicios que encuentra. Por su parte, la Corte no está obligada a proceder de esta manera ya que está facultada para limitar los alcances de la cosa juzgada a los cargos analizados en la sentencia para que ésta no sea absoluta sino relativa.

El argumento basado en el principio de igualdad no guarda relación con los cargos presentados por el actor. Además, se dirige contra una parte de la norma y refiere a un aspecto puntual y específico. Por ello, la Corte no se detendrá en él y limitará los alcances de la cosa juzgada a los cargos analizados. Así se dispondrá en la parte resolutiva"<sup>4</sup>

Así entonces, considerando que los cargos ahora imputados contra las expresiones "Distrital de Bogotá" y "Distrital" contenidas en el artículo 160 de la Ley 734 de 2002 son diferentes a los esgrimidos en la referida decisión respecto de todo el artículo 160 aludido, y que la decisión tomada en la Sentencia C-977/02 hizo tránsito a cosa juzgada relativa y no absoluta, esta Corporación es competente para proferir un nuevo pronunciamiento de fondo en torno a las expresiones acusadas en el presente proceso.

2.2. La solicitud de inhibición en relación con los cargos planteados en contra de las expresiones "y se surtirá con el primero que se presente" y "el procesado" contenidas en los incisos segundo y tercero del artículo 165 de la Ley 734 de 2002.

Para el señor Procurador General de la Nación respecto de las expresiones referidas, contenidas en los incisos 2º y 3º del artículo 165 de la Ley 734 de 2002<sup>5</sup>, el accionante no planteó un cargo de inconstitucionalidad, puesto que dichas expresiones permiten que la notificación personal del pliego de cargos se efectúe alternativamente al procesado o su defensor, circunstancia que en manera alguna constituye un tratamiento diverso para éstos, como lo afirma el demandante, por lo que la hipótesis que el actor ataca no es la contenida en la norma. Así las cosas, la vista fiscal considera que en relación con dicha acusación existe inepta demanda dado que las razones que la respaldan parten de un presupuesto errado.

En este sentido solicita a la Corte que se inhiba para pronunciarse de fondo sobre el asunto.

Al respecto la Corte, contrariamente a lo señalado por el señor Procurador, considera que el actor, independientemente de que su acusación tenga o no fundamento o que las razones que lo asisten sean erradas, plantea un cargo contra las expresiones aludidas contenidas en los incisos segundo y tercero del artículo 165 de la Ley 734 de 2002 que impiden a la Corporación inhibirse para pronunciarse de fondo.

En efecto, el actor formula su acusación en los siguientes términos:

"3.7.1 Norma constitucional violada y concepto de la violación

El artículo 29 de la Constitución Política dice: (...)

3.7.1.1 La expresión del artículo 165 [...] y se surtirá con el primero que se presente [...] el procesado

Debe considerarse que tales expresiones son contrarias a la Carta Constitucional al prescribir un tratamiento desigual, en sedes del proceso, lo cual viola la prescripción tajante del artículo 29 superior.

La Corte constitucional ha sido reiterativa en el sentido de considerar al imputado y al defensor como "una parte única articulada que desarrolla una actividad que se encamina a estructurar una defensa conjunta", luego no es lógico que se permita un tratamiento diferenciado para el imputado y para el defensor, de plano y desde la configuración de la norma; cuestión diferente es que la norma pueda prescribir unos efectos diferentes frente a la posibilidad real de la ausencia de uno de los dos (imputado o defensor), para poder estructurar los diferentes estancos procesales que implica una actuación cualquiera.

Sobre el particular la Sentencia C-627 de noviembre 21 de 1997<sup>6</sup>, Magistrado Ponente doctor ANTONIO BARRERA CARBONELL, expresó en el fundamento jurídico N° 2.2, lo siguiente:

"2.2. Con el fin de garantizar el derecho de defensa, parte esencial del debido proceso, se le debe dar la oportunidad al sindicado o imputado de tener acceso directo a la actuación procesal que contra él se adelanta cuando el Estado hace uso de su poder punitivo, mediante la puesta en funcionamiento de los mecanismos procesales que la ley ha regulado específicamente de acuerdo con la naturaleza propia de cada actuación, según se trate de procesos penales, contravencionales, disciplinarios o correccionales.

Cuando el imputado se hace presente en la respectiva actuación procesal, integra junto con su defensor una parte única articulada que desarrolla una actividad que se encamina a estructurar una defensa conjunta, con el fin de contrarrestar la acción punitiva estatal, haciendo uso del derecho de solicitar la práctica de pruebas, de contradecir las que se le opongan, de presentar alegatos, proponer incidentes e impugnar las decisiones que juzgue contraria a sus intereses, con las excepciones que prevé la ley procesal en relación con determinadas actuaciones que sólo competen al procesado o en las cuales hay predominio de la actividad del defensor."

Así las cosas tanto imputado como defensor, constituyen una unidad, que debe ser objeto de trato procesal igualitario, en función a buscar la preservación del debido proceso"

Para la Corte, independientemente de que el actor tenga o no razón en la acusación que formula por la vulneración del artículo 29 superior a partir de la supuesta diferencia de trato que en su concepto establece la norma entre defensor y apoderado, lo cierto es que plantea un cargo concreto que permite que desarrollar el análisis propio del juicio de constitucionalidad.

3. Asuntos objeto de decisión en esta sentencia

Una vez establecidas la incidencia de la cosa juzgada constitucional en el presente proceso y la improcedencia de la solicitud de inhibición planteada por el señor Procurador General de la Nación, corresponde a la Corte efectuar el análisis de fondo sobre los siguientes problemas jurídicos planteados en la demanda:

1. Si la expresión "*que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales*", contenida en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 -en el que se establece el listado de particulares sometidos al régimen disciplinario especial contemplado en el Libro III Ibidem-, vulnera el artículo 243 constitucional por reproducir una norma declarada inexequible en la Sentencia C-280 de 1996, sentencia donde la Corporación declaró la inexequibilidad de algunos apartes de los artículos 29<sup>7</sup> y 32<sup>8</sup> de la Ley 200 de 1995 y señaló específicamente que dado que "entre el contratista y la administración no hay subordinación jerárquica, sino que éste presta un servicio, de manera autónoma, por lo cual sus obligaciones son aquellas que derivan del contrato y de la ley contractual. Entonces, no son destinatarios del régimen disciplinario las personas que están relacionadas con el Estado por medio de un contrato de prestación de servicios personales, por cuanto se trata de particulares contratistas y no de servidores públicos".

2. Si la expresión "*Presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política*" contenida en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 -en el que se establece el listado de particulares sometidos al régimen disciplinario especial contemplado en el Libro III Ibidem-, vulnera el artículo 365 superior en cuanto permite al Estado extender sus actuaciones más allá de la regulación, control y vigilancia a que alude dicho texto constitucional. Con lo que se desbordaría el ámbito constitucional del control disciplinario y se desconocería que si bien el Legislador puede determinar el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñan funciones públicas (art 123 C.P.), en el caso de la prestación de servicios públicos por particulares no se genera una situación de subordinación al Estado que sería indispensable para que una persona pueda ser sujeto del poder disciplinario.

Así mismo si dicha expresión desconoce los artículos 84 y 333 superiores, en particular en el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios, sometidas al derecho privado y a la libertad de empresa, en cuanto afectaría el marco normativo fijado por la ley para las mismas.

3. Si las expresiones "Distrital de Bogotá" y "Distrital" contenidas en el artículo 160 de la Ley 734 de 2002 vulneran el artículo 13 constitucional en cuanto con ellas el Legislador asigna al personero Distrital de Bogotá una competencia que no se reconoce a los demás Personeros del país, incluidos los personeros de los Distritos Especiales, lo que establecería un tratamiento discriminatorio contrario a la Constitución.

4. Si las expresiones "*y se surtirá con el primero que se presente*" y "*el procesado*", contenidas en el segundo y tercer inciso del artículo 165 de la Ley 734 de 2002 vulneran el debido proceso (art.29 C.P.) en cuanto establecerían un tratamiento diferenciado entre imputado y defensor en relación con la notificación personal del pliego de cargos en el proceso disciplinario.

#### 4. El análisis de los cargos

##### 4.1. El análisis de los cargos contra los apartes acusados del primer inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002

Dada la relación que necesariamente guarda la acusación hecha contra los diferentes apartes impugnados del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 -donde se establece el listado de particulares sometidos al régimen disciplinario especial contemplado en el Libro III Ibidem-, la Corte estudiará en un mismo acápite los cargos planteados al respecto por el actor.

###### 4.1.1. Consideraciones preliminares

Previamente la Corporación estima necesario hacer algunas consideraciones en torno a (i) la responsabilidad del particular que cumple funciones públicas en el Estado Social de Derecho, (ii) los particulares como destinatarios de la Ley disciplinaria y la evolución jurisprudencial en la materia, (iii) el entendimiento dado por la Constitución a las nociones de función pública y de servicio público y la imposibilidad de asimilar la prestación por un particular de un servicio público con el ejercicio de funciones públicas, y (iv) el alcance del artículo 366 constitucional, las que resultan pertinentes para el análisis de constitucionalidad de los textos acusados.

###### 4.1.1.1. La responsabilidad del particular que cumple funciones públicas en el Estado Social de Derecho

Como ya lo ha señalado en otras oportunidades esta Corporación<sup>9</sup>, uno de los elementos más importantes en el proceso de conformación del Estado Social de Derecho lo constituye la relevancia que ha tomado en el ordenamiento jurídico el principio de responsabilidad, mirado no solamente desde la órbita del Estado sino también de la de los particulares.

La afirmación del principio de responsabilidad se hace evidente, en efecto, a través de varios elementos que reorientan en forma significativa tanto las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, el papel de los agentes estatales y el cumplimiento de las funciones públicas. Así, la consolidación de la responsabilidad estatal para responder por el daño antijurídico causado por sus agentes, la ampliación del nivel de responsabilidad del agente estatal en relación con sus funciones y la posibilidad de comprometer su propio patrimonio en determinadas circunstancias, el establecimiento de una lógica de corresponsabilidad entre el Estado y los ciudadanos en el manejo de los asuntos públicos que pretende superar la visión tradicional de la esfera de lo puramente Estatal y de lo puramente privado, son entre otras<sup>10</sup>, manifestaciones de un mayor énfasis de los sistemas jurídicos en este principio que busca garantizar el cumplimiento eficiente de las tareas públicas<sup>11</sup>.

La Constitución de 1991 estableció en este sentido -artículo 90-, la cláusula general de responsabilidad patrimonial que cabe por el daño antijurídico que sea imputable al Estado, por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo que ha significado un importante avance para garantizar a los ciudadanos el resarcimiento de los perjuicios que les hayan sido causados con ocasión del ejercicio de funciones públicas.

El mismo artículo estableció la obligación a cargo del Estado de repetir contra el agente por cuya actuación dolosa o gravemente culposa aquél haya sido condenado. Esta disposición constitucional se enmarca dentro del objetivo específico del Constituyente de obligar al servidor público a tomar conciencia de la importancia de su misión y de su deber de actuar de manera diligente en el cumplimiento de sus tareas<sup>12</sup>. El Constituyente también quiso en este sentido someter al servidor público a un severo régimen de inhabilidades e incompatibilidades, así como a estrictas reglas de conducta que garanticen la moralidad pública y el ejercicio de las funciones a ellos atribuidas orientado siempre a la defensa del interés general y al cumplimiento de los fines del Estado.

La noción de servidor público establecida en la Carta<sup>13</sup> tiene así una connotación finalista y no puramente nominal. Al respecto, recuérdese que conforme al artículo 2º de la Constitución, las autoridades están instituidas, entre otras razones, "para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares" y cómo al tenor del artículo 209 constitucional son principios que fundamentan el ejercicio de la función administrativa los "(...) de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)".

Ahora bien, la responsabilidad en el cumplimiento de los fines del Estado no corresponde solamente a los servidores públicos en el Estado social de Derecho. Los particulares asumen en él una serie de obligaciones y de tareas que antes cumplían de manera exclusiva y en ocasiones excluyente las autoridades estatales. Así, la Carta señala que sectores tan importantes como la salud (art. 49 C.P.), la seguridad social (art. 48 C.P.), la educación (art. 67 C.P.), la ciencia y la tecnología (art. 71 C.P.), la protección especial de la personas de la tercera edad (art. 46 C.P.), de los niños (art. 44 C.P.) y de los discapacitados (art. 47 C.P.), no son responsabilidad única del Estado, sino que la familia, la sociedad y los propios interesados deben también contribuir a su desarrollo.

De otra parte, cabe recordar que enmarcada la participación como derecho-deber (arts. 2 y 95 C.P.) se abre igualmente un sinnúmero de posibilidades para que los ciudadanos contribuyan al cumplimiento eficiente de las tareas públicas y participen en la vigilancia de la gestión pública (art. 270 C.P.).

En ese marco de corresponsabilidad y de cooperación entre el Estado y los particulares, la Constitución establece la posibilidad de que éstos participen en el ejercicio de funciones públicas. Así, el artículo 123 señala que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, al tiempo que el artículo 210 constitucional señala que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

Tomando en cuenta estos preceptos, la Corte ha aceptado que como expresión auténtica del principio de participación, los particulares sean encargados del ejercicio directo de funciones públicas, sean ellas judiciales o administrativas, así como que participen en actividades de gestión de esta misma índole.

Sobre el particular ha dicho que:

"Así lo contemplan, entre otras normas, los artículos 2, 116, 123, 131, 221 (1º del Acto Legislativo No. 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318, 340 (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-015 del 23 de enero de 1996) y 365 de la Constitución, que autorizan el ejercicio de funciones públicas por personas particulares, en ciertas situaciones y previos determinados requisitos que la propia Carta o las leyes establecen, o que les permiten participar en actividades de gestión de esa misma índole."<sup>14</sup>

En cuanto al ejercicio directo de funciones administrativas cabe precisar que en la sentencia C-866 de 1999, luego de recordar los antecedentes contenidos en las sentencias C-166 de 1995 y C-316 de 1995, diferenció claramente este fenómeno con el de la privatización.

Dijo la Corte:

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

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

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

En la misma sentencia C-866/99 donde se examinó la constitucionalidad de los artículos 110 y 111 de la ley 489 que establecen el régimen de los particulares que temporalmente desempeñan funciones administrativas, -las cuales deben ser atribuidas mediante actos administrativos y convenios, que fijarán, en cada caso particular, las condiciones y circunstancias de la atribución, en los términos de los artículos 123 y 210 de la Constitución-, la Corte precisó que no todo tipo de funciones pueden ser atribuidas a los particulares mediante este mecanismo, sino que la Constitución y en determinados casos la ley establecen límites que impiden la atribución a los particulares de funciones (i) de contenido político o gubernamental, (ii) de contenido materialmente legislativo o jurisdiccional que ocasionalmente ejercen las autoridades administrativas, (iii) "exclusivas" de las autoridades administrativas como las funciones que ejerce la Fuerza Pública, (iv) de aquellas que nunca han estado en

cabeza de las autoridades administrativas y que por tanto requieren de norma constitucional o legal expresa y directa para ser atribuidas como el caso de determinadas funciones atribuidas a los notarios y a las Cámaras de Comercio (v) o que vacíen de contenido la competencia de la autoridad que las otorga.

Al respecto señaló:

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

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

"En esos términos, el servicio público de policía está íntimamente ligado al orden público interno, y únicamente puede estar a cargo del Estado, a fin de garantizar su imparcialidad. Resulta además claro que a la prestación del servicio público de policía no pueden concurrir los particulares, y así lo precisa el artículo 216 de la Carta Política al estipular que "la Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional"<sup>15</sup>

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

7.3 Pero no sólo la Constitución puede restringir la atribución de ciertas funciones administrativas a los particulares, sino que también la ley puede hacerlo. En efecto, si el constituyente dejó en manos del legislador el señalar las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares, debe entenderse que el mismo legislador tiene atribuciones para restringir dicho ejercicio dentro de ciertos ámbitos. Así por ejemplo, la propia ley demandada en esta causa, en aparte no acusado, indica que si bien ciertas funciones administrativas son atribuibles a los particulares, "el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función."<sup>16</sup>

7.4 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.

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

7.5 Por último, encuentra la Corte que la atribución de funciones administrativas tiene otro límite: la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga. En efecto, la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias. Si, en los términos del artículo 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.

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

Así pues, la Corte encuentra que le asiste razón al demandante cuando afirma que no todo tipo de funciones administrativas pueden ser atribuidas a los particulares; empero, no acoge el criterio orgánico al cual él acude para fijar el límite, según el cual sólo cabe tal atribución en las funciones que son ejercidas actualmente por el sector descentralizado de la Administración (descentralización por servicios). Entiende, en cambio, que los criterios de restricción son los anteriormente expuestos, que resultan de la interpretación sistemática de la Constitución y de principios de derecho público comúnmente admitidos en nuestra tradición jurídica<sup>17</sup>.

En el mismo sentido la Corte ha explicado que constitucionalmente es posible encauzar la atribución de funciones administrativas a particulares a través de variados supuestos, entre los que pueden enunciarse<sup>18</sup>:

a) La atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización de origen privado. En este supuesto el legislador para cada caso señala las condiciones de ejercicio de la función, lo relativo a los recursos económicos, la necesidad o no de un contrato con la entidad respectiva y el contenido del mismo, su duración, las características y destino de los recursos y bienes que con aquellos se adquieran al final del contrato, los mecanismos de control específico, etc.

Esta ha sido la modalidad utilizada cuando el Estado ha querido vincular a las entidades gremiales a la gestión de las cargas económicas por ella misma creadas (contribuciones parafiscales) para que manejen los recursos correspondientes a nombre del Estado, y propendan, mediante ellos, a la satisfacción de necesidades de sectores de la actividad social, sin que esos recursos por tal circunstancia se desnaturalicen ni puedan ser apartados de sus prístinas e indispensables finalidades<sup>19</sup>.

b) La previsión legal, por vía general, de autorización a las entidades o autoridades públicas titulares de las funciones administrativas para atribuir a particulares (personas Jurídicas o personas naturales) mediante convenio, precedido de acto administrativo el directo ejercicio de aquellas; debe tenerse en cuenta como lo ha señalado la Corte que la mencionada atribución tiene como límite "*la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga*"<sup>20</sup>. Este supuesto aparece regulado, primordialmente, por la Ley 489 de 1998, artículos 110 á 114 tal como ellos rigen hoy luego del correspondiente examen de constitucionalidad por la Corte<sup>21</sup>.

No sobra recordar que la Corte al analizar la posibilidad constitucional de que los particulares sean encargados del ejercicio de funciones administrativas (aspecto común a los supuestos que se han enunciado), ha expresado que las condiciones en que aquellos puedan cumplir las funciones administrativas son las que señale la ley y que si bien es cierto que tales funciones pueden ser desarrolladas a título gratuito, según lo prevea la propia ley para un caso<sup>22</sup>, ello no impide que las mismas puedan ser remuneradas. Queda librado a la potestad de configuración del legislador señalar cuándo establece una u otra condición<sup>23</sup>. Así las cosas, bien puede el legislador para efectos del ejercicio de las funciones administrativas -con base en las disposiciones constitucionales en análisis y en armonía con lo previsto en los artículos 150, numeral 9º e inciso final y 189, numeral 23 - autorizar al Gobierno Nacional para celebrar los contratos pertinentes.

c) Finalmente en otros supuestos para lograr la colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones y actividades propias de las entidades estatales se acude a la constitución de entidades en cuyo seno concurren aquellos y éstas. Se trata, especialmente de las llamadas asociaciones y fundaciones de participación mixta acerca de cuya constitucionalidad se ha pronunciado igualmente esta Corporación en varias oportunidades<sup>24</sup>.

*Ahora bien, como ha señalado esta Corporación, la circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su estatus de particulares ni los convierte por ese hecho en servidores públicos<sup>25</sup>; sin embargo, es natural que el ejercicio de dichas funciones públicas implique un incremento de los compromisos que estos adquieren con el Estado y con la sociedad.*

*Así, en tanto que titulares de funciones públicas, los particulares a los cuales estas se han asignado asumen las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ello comporta en materia penal, disciplinaria, fiscal o civil<sup>26</sup>.*

*Al respecto la Corte ha precisado que a los particulares a quienes se ha asignado el ejercicio de funciones administrativas se aplican en relación con el cumplimiento de éstas el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos; de la misma manera sobre sus actuaciones pesa además del control especial ejercido por la autoridad titular de la función, el control de legalidad y el control fiscal en los términos del artículo 267 de la Constitución Política*

Ha dicho la Corte:

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

*"Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargados del ejercicio de funciones administrativas están sujetos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida.*

*"Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas jurídicas privadas que hayan ejercido funciones administrativas, no podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado."*

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

9. De otro lado, aparte del control especial ejercido por la autoridad titular de la función, el control general al que se somete la actividad administrativa pesa igualmente, en todas sus modalidades, sobre el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares; en especial el control de legalidad y el control fiscal en los términos del artículo 267 de la Constitución Política. A esta realidad se refieren los incisos 2º y 3º del artículo 110 bajo examen, que por este aspecto se ajustan también a las prescripciones de la Carta.<sup>27</sup>

*Cabe precisar, que 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 públicas. En este supuesto, sólo pueden llevar a cabo aquello que en virtud de la atribución viene a ser de su competencia y, conforme al propio artículo 6º de la Carta, responden entonces por la omisión o extralimitación en el*

ejercicio de sus funciones, como lo hacen los servidores públicos<sup>28</sup>.

No obstante, en esta materia se debe diferenciar el caso de las personas a las que se les asigna el cumplimiento de una función pública en los términos señalados -ley, acto administrativo, convención -, del supuesto de quienes prestan un servicio público, sometido en cuanto tal a un régimen legal especial pero que en sí mismo no implica necesariamente el ejercicio de una función pública<sup>29</sup>.

Por lo demás ha de tenerse en cuenta el evento de aquellas personas que contratan con el Estado pero sin asumir el ejercicio de funciones públicas, dado que solamente en determinados casos la ejecución de un contrato implica su ejercicio en cuanto se asuman prerrogativas propias del poder público<sup>30</sup>.

Teniendo en cuenta las precisiones anteriores, es pertinente afirmar que es solamente en relación con el ejercicio de funciones públicas por particulares en aquellos casos que estableza y autorice la Constitución y la ley<sup>31</sup> que se predica el grado especial de responsabilidad a que se ha hecho referencia, circunstancia que como se verá más adelante, es necesario tener en cuenta para el cabal análisis de las disposiciones acusadas en el presente proceso.

#### 4.1.1.2. Los particulares como destinatarios de la Ley disciplinaria y la evolución jurisprudencial en la materia.

##### 4.1.1.2.1 Primera etapa. La adopción de un criterio subjetivo. La exigencia de subordinación al Estado.

En relación concretamente con la responsabilidad disciplinaria que pueda recaer sobre los particulares, la jurisprudencia de esta Corporación señaló en un primer momento que el criterio determinante para establecer si un particular podía ser sujeto o no de responsabilidad disciplinaria estaba dado por el tipo de relación con el Estado. Si de dicha relación no se derivaba una especial subordinación del particular frente al Estado, no cabía la aplicación del régimen disciplinario.

Así se señaló en la Sentencia C-280/96 en la que se declaró la inexequibilidad de algunas expresiones contenidas en los artículos 29 y 32 de la Ley 200 de 1995 y en la que se precisó que por no existir entre el contratista de prestación de servicios y la administración una relación de subordinación, sino la prestación de un servicio de manera autónoma, dichos contratistas no eran destinatarios de la ley disciplinaria.

Dijo la Corte:

"6- La Corte recuerda que la potestad sancionadora que tiene la administración se manifiesta en dos dimensiones bien diferenciadas, "la disciplinaria (frente a los funcionarios que violan los deberes y prohibiciones) y la correccional (por las infracciones de los particulares a las obligaciones o restricciones en materia de higiene, tránsito, financiera, fiscal, etc.)"<sup>32</sup>. Esto significa que la potestad disciplinaria se manifiesta sobre los servidores públicos, esto es, sobre aquellas personas naturales que prestan una función pública bajo la subordinación del Estado, incluida una relación derivada de un contrato de trabajo. En efecto, en aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona, se crea una relación de sujeción o supremacía especial debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la Administración y la aludida persona. Por ello esta Corporación ya había señalado que el "régimen disciplinario cobija a la totalidad de los servidores públicos, que lo son, de acuerdo al artículo 123 de la Constitución. Los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (subrayas no originales)"<sup>33</sup>.

Este ámbito de aplicación de la ley disciplinaria se explica porque la posición del servidor público en el aparato estatal, como ente físico que actualiza la tarea del Estado, comporta una serie de obvias obligaciones especiales de aquel con éste, llamadas a mantener el orden interno de la organización y el logro de los objetivos estatales. Así las cosas, un elemento esencial que define al destinatario de la potestad disciplinaria es la existencia de una subordinación del servidor público para con el Estado.

7- En ese orden de ideas, los trabajadores del Estado vinculados mediante un contrato laboral de trabajo están bajo la subordinación del Estado. Es así como no tiene relevancia para la determinación de la calidad de sujeto disciplinable, la forma de vinculación del servidor público a la organización estatal. Dado lo anterior, los trabajadores oficiales son destinatarios de un régimen disciplinario impuesto por el Estado de forma unilateral, por lo cual la Corte considera que es admisible constitucionalmente el texto legal acusado "empleados y trabajadores" del artículo 20 del CDU. Esta aplicación de la ley disciplinaria a los trabajadores oficiales no es en manera alguna caprichosa sino que deriva de las funciones de interés general que cumplen estas personas (CP art. 209), por lo cual, como bien lo señala la Vista Fiscal, es razonable que el régimen disciplinario no sea materia de acuerdo entre las partes, porque en este campo están en juego valores sociales y estatales que desbordan los intereses de los partícipes en la relación laboral de derecho público

8- La situación es diferente en el caso de la persona que realiza una determinada actividad para el Estado a través de un contrato de prestación de servicios personales o de servicio simplemente, pues allí no se presenta la subordinación de una parte frente a la otra, que es un elemento determinante de la calidad de disciplinable como se señaló anteriormente. En efecto, entre el contratista y la administración no hay subordinación jerárquica, sino que éste presta un servicio, de manera autónoma, por lo cual sus obligaciones son aquellas que derivan del contrato y de la ley contractual. Entonces, no son destinatarios del régimen disciplinario las personas que están relacionadas con el Estado por medio de un contrato de prestación de servicios personales, por cuanto de trata de particulares contratistas y no de servidores públicos, por lo cual son contrarias a la Carta las referencias a los contratos de prestación de servicios contenidas en las expresiones acusadas de los artículos 29 y 32 del CDU. Lo anterior no significa que frente a estos contratistas la Administración esté desprovista de instrumentos jurídicos para garantizar el cumplimiento de los objetivos estatales, pues para ello cuenta con las posibilidades que le brinda la ley de contratación administrativa, pero lo que no se ajusta a la Carta es que a estos contratistas se les aplique la ley disciplinaria, que la Constitución ha reservado a los servidores públicos, por cuanto el fundamento de las obligaciones es distinto."<sup>34</sup>

#### 4.1.1.2.2 Segunda etapa. La adopción de un criterio material. La función pública y el interés público a ella inherente.

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

Al respecto señaló en la Sentencia C-286/96 lo siguiente:

*"Ahora bien, siendo indudable que todo servidor público, por el hecho de serlo, queda sometido automáticamente a un régimen disciplinario, según los términos previstos por la Constitución y por la ley, el fundamento de su aplicación es subjetivo, pues tiene lugar con motivo y a partir de la investidura correspondiente radicada en el sujeto, en cuanto es titular genérico de las funciones públicas que su cargo implica, con total independencia de si las ha ejercido o no.*

*A la inversa, el particular, quien precisamente no se encuentra en la condición del servidor público, toda vez que no ha establecido un vínculo de dependencia o subordinación frente al Estado -en cualquiera de los cargos, organismos, entidades o corporaciones que hacen parte de su estructura-, ni percibe de él asignación o salario, está en principio exento del régimen disciplinario estatal y su responsabilidad ante las autoridades únicamente puede surgir de las transgresiones en que incurra en relación con los preceptos constitucionales y legales, tal como lo pregonó el artículo 6º de la Carta Política.*

*Sin embargo, de nuestro sistema jurídico ha desaparecido hace mucho tiempo la separación absoluta y extrema entre las órbitas pública y privada en lo relacionado con las actividades que tienen por objeto la realización de los fines perseguidos por la sociedad y la satisfacción efectiva de sus necesidades.*

*La distinción subsiste, como corresponde al Estado de Derecho, pero la complejidad de las relaciones que deben establecerse en el seno de la colectividad y el necesario acomodamiento de las instituciones a las exigencias reales impuestas por la convivencia, han dejado atrás los moldes formalistas y los criterios herméticos, para dar paso a la concepción material de la cosa pública, a la creciente participación de todos en las decisiones que los afectan y al cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, con miras al servicio efectivo de la comunidad, la promoción de la prosperidad general y la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2º C.P.).*

*De allí resulta que, sin desconocer la libertad de las personas en su iniciativa y en sus actividades económicas y laborales, la Constitución haya previsto formas de vinculación de los particulares a la gestión de intereses y asuntos públicos sin que en virtud de ella pierdan su condición privada.*

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

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

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

*Cambia así sustancialmente la lectura del artículo 6º de la Constitución Política, que ya no admite una interpretación literal sino sistemática: a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse -se repite- en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo<sup>135</sup>.*

En dicha sentencia C-286/96 la Corte consideró necesario hacer en todo caso las siguientes precisiones:

*"Estimase necesario precisar que el ejercicio de funciones públicas por particulares, según lo visto, no incluye, para los fines de la Ley Disciplinaria, las relaciones contractuales entre el Estado y personas privadas, pues éstas son independientes en cuanto no las liga al ente público lazo alguno de subordinación.*

*Se reitera, por ello lo afirmado en la Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996 (M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero).*

*Por otra parte, la Corte debe advertir que la norma objeto de proceso fija apenas el ámbito de aplicación de la normatividad disciplinaria e incluye allí a los particulares que ejerzan funciones públicas, lo cual no implica que el mismo precepto se haya ocupado en la definición íntegra del régimen disciplinario que el Estado puede aplicar a tales personas.*

Con arreglo al principio de legalidad, que surge claramente para los particulares del artículo 6º de la Constitución, y según el postulado del debido proceso, cuya vigencia estricta en los procesos disciplinarios ha proclamado la doctrina constitucional, la incorporación de los particulares que ejercen funciones públicas como sujetos pasibles del poder disciplinario no representa ni podría representar, so pena de flagrante oposición a los mandatos superiores, una norma abierta que de modo automático exponga a quien se halla en tal hipótesis al escrutinio arbitrario de su actividad por parte de los organismos que ejercen el poder disciplinario y a la expectativa de posibles procesos y sanciones ajenos a reglas legales predeterminadas o al derecho de defensa.

Lo que se declara exequible en esta ocasión es únicamente la expresión demandada y su implicación fundamental, cual es la de que los particulares que ejercen funciones públicas de modo permanente están sujetos al régimen disciplinario que la ley disponga.

Corresponde, entonces, al legislador establecer ese régimen, consagrando las faltas que pueden imputarse a las personas en dicha situación, estatuir las reglas procesales aplicables y las pertinentes sanciones, sin que pueda entenderse que se les traslada en bloque el régimen consagrado para los servidores públicos.

La constitucionalidad de las correspondientes disposiciones habrá de verificarse en su momento, por lo cual no resulta ni se desprende de la que ahora se declara<sup>36</sup>.

Retomando y precisando el criterio material a que se ha hecho referencia la Corte destacó en la Sentencia C-563 de 1998 que:

"Cuando se asigna al particular el cumplimiento de una función pública, éste adquiere la condición de un sujeto cualificado, en la medida en que se amplifica su capacidad jurídica, sin que por ello deje de ser un particular. Sin embargo, en este evento su situación jurídica se ve afectada en virtud de las responsabilidades que son anejas a quien cumple funciones de la indicada naturaleza.

Con todo, es necesario tener en cuenta que no toda relación con el Estado genera de hecho o de derecho la situación prevista en el supuesto anterior, porque la asignación de funciones es una atribución reservada a la ley y ello no podrá ocurrir sino en los casos en que ella misma lo determine, desde luego con arreglo a la Constitución.

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

(...)

"En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador."<sup>37</sup>

Posteriormente y luego de efectuar un recuento de la jurisprudencia en la materia la Corte declaró la exequibilidad de las disposiciones que señalan la aplicación de la ley disciplinaria para los particulares que administran recursos parafiscales, acudiendo para el efecto al criterio material aludido, en tanto consideró que ellos cumplen una función pública.

Al respecto dijo la Corte en la Sentencia C-181/02:

"En resumen, las consideraciones anteriores pueden plantearse de la siguiente forma: aunque, en principio, los particulares no se encuentran sometidos al régimen disciplinario de la Ley 200 de 1995, pues este ha sido previsto para la sanción de las conductas desplegadas por los servidores públicos, aquellos sí lo están cuando han sido encargados de la prestación de una función pública. Ello no quiere significar, según la última apreciación, que el régimen aplicable a los particulares sea, in toto, el mismo de los servidores públicos. La ley, en cada caso, determinará cuáles son los aspectos sancionatorios previstos para unos y otros, tal como se deduce del texto del inciso tercero del artículo 123 Constitucional."

(...)

"Conforme con las consideraciones precedentes y con el hecho de que la demanda se dirige a cuestionar la constitucionalidad de la norma desde la perspectiva de las personas privadas que administran esos recursos (parafiscales), es posible sostener que el sometimiento a la ley disciplinaria de los particulares que manejan tales recursos se encuentra acorde con los principios ya esbozados de la Carta.

Ello, por cuanto que la administración de recursos fiscales y parafiscales es, por definición, una función pública. Las entidades prestadoras del servicio de salud, por ejemplo, administran los recursos parafiscales de dicho sector y, con ello, prestan un servicio público susceptible de control estatal, al punto que la Contraloría General de la República ejerce la inspección del manejo de dichos recursos.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional procedió al análisis de las normas de la Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero - Ley 101 de 1993- y estableció que los recursos parafiscales destinados a dicho sector podían ser administrados por entidades particulares con ánimo de lucro (sociedades fiduciarias) mediante contratos suscritos con el Gobierno para tales efectos.

Respecto de los mecanismos que utiliza el Estado para conferir la administración de los recursos parafiscales esta Corporación hizo los siguientes comentarios:

"Esa administración de recursos parafiscales se realiza con fundamento en un contrato especial que celebra el Gobierno con la entidad o

sociedad fiduciaria que escoja, el cual necesariamente tiene un componente oneroso. Ahora, dada la naturaleza excepcional de las contribuciones parafiscales, cuando el Congreso de la República, como en este caso, crea una renta de carácter parafiscal debe señalar su régimen, lo que implica que regule la administración, el recaudo e inversión de sus ingresos, por lo que es perfectamente válido, como ya lo ha dicho la Corte que el legislador al expedir la ley que las establece determine con todo detalle las condiciones, modalidades y peculiaridades de esa administración de recursos públicos por parte de los particulares y, en ese orden de ideas, la regla general por parte del órgano legislativo al establecer contribuciones de carácter parafiscal ha sido la de determinar la persona privada encargada de la administración de sus recursos. Como lo ha dicho la Corte, en esta clase de contratos siempre interviene el órgano legislativo en su proceso de celebración, mediante la expedición de leyes que en forma previa autorizan al ejecutivo para acordar y perfeccionar dichos contratos." (Sentencia C-651 de 2001)

Así también, en ejercicio de ciertas actividades que implican función pública, las Cámaras de Comercio administran y manejan fondos que pertenecen a la Nación y de cuyo manejo deben rendir cuentas ante las autoridades de control fiscal establecidas por la Constitución, tal como lo analizó ampliamente la Corte en la Sentencia C-167 de 1995.

De allí que la simple consagración legal de que estas actividades, por la naturaleza que las caracteriza y la responsabilidad que las acompaña, están sometidas a un régimen especial de control, no constituya quebranto de los principios constitucionales que buscan preservar tanto la permanencia del principio de legalidad como la primacía del interés general.

Desde el punto de vista constitucional es factible que la ley someta a responsabilidad disciplinaria, por el manejo de recursos del Estado, a los particulares encargados de dicha función, pues la administración de los recursos públicos es, por sí misma, función pública.

El reconocimiento de esta sumisión, efectuado por la disposición atacada, antes que contravenir los principios constitucionales, los asegura y promueve. Por esa razón, la expresión acusada será declarada exequible<sup>38</sup>. (subrayas fuera de texto)

#### 4.1.1.2.3 El estado actual de la cuestión.

De la evolución jurisprudencial que se ha destacado, se desprende entonces que el criterio esencial para determinar si un particular puede ser sujeto o no del control disciplinario, lo constituye el hecho de que este cumpla o no funciones públicas.

A ello cabría agregar que una lectura sistemática de la Constitución (arts. 118, 123, 124, 256-3 y 277-5 y 6)<sup>39</sup> lleva precisamente a la conclusión de que el control disciplinario fue reservado por el Constituyente para quienes cumplen de manera permanente o transitoria funciones públicas.

Así, el artículo 118 superior señala que al Ministerio Público corresponde la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, en tanto que el artículo 277 numeral 5 asigna al Procurador General de la Nación la función de velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas al tiempo que el numeral 6 del mismo artículo 277 le encarga la tarea de 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.

En lo que se refiere a los funcionarios judiciales el artículo 256 numeral 3 señala que Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley examinar la conducta y sancionar las faltas de dichos funcionarios<sup>40</sup>.

Es decir que el ámbito del control disciplinario establecido por la Constitución se encuentra claramente delimitado por el ejercicio de funciones públicas sean ellas ejercidas por servidores públicos (arts. 123-1y2, 124 C.P.) o excepcionalmente por particulares (art. 123-3, 116-3, 210-2, 267-2).

4.1.1.3 Los conceptos de función pública y de servicio público en la Constitución. La imposibilidad de hacer equivalentes el ejercicio de funciones públicas y la prestación por un particular de un servicio público.

Si bien en un sentido amplio podría considerarse como función pública todo lo que atañe al Estado, cabrá precisar que la Constitución distingue claramente los conceptos de función pública y de servicio público y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones, lo que implica específicamente que no se pueda confundir el ejercicio de función públicas, con la prestación de servicios públicos, supuestos a los que alude de manera separada el artículo 150 numeral 23 de la Constitución que asigna al Legislador competencia para expedir las leyes llamadas a regir una y otra materia<sup>41</sup>.

4.1.1.3.1 La Constitución utiliza el término "función" para identificar las actividades del Estado, (art.113 C.P.)<sup>42</sup> así como para determinar las competencias de los diferentes órganos estatales (arts 150, 241, 277 C.P. por ejemplo). Así mismo el artículo 122 señala que "*no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento*", en tanto que el artículo 212 superior expresa que "*Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley*".

La Constitución hace referencia a las expresiones "función pública" y "funciones públicas" de manera específica en el capítulo II del título V sobre la organización del Estado, en el que se establecen los principios que rigen el cumplimiento de "funciones públicas" por los servidores públicos.

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

Ahora bien, como ya ha señalado esta Corporación, las actividades de los servidores públicos, propias de su cargo o destino, son por esencia y

definición funciones públicas, pues están dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo del Estado<sup>43</sup>.

Según la idea que fluye del artículo 123 de la Constitución, servidor público es en este sentido toda persona que ejerce a cualquier título una función pública y, en tal virtud, ostentan dicha condición los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (C.P. arts. 123 y 125).

Así las cosas, la noción de "función pública" atañen al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

Empero, debe la Corte señalar que la posibilidad de desempeñar funciones públicas se predica no solo de las personas que se vinculan con el Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión en un cargo, sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la Constitución y la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas (art. 123-3, 210-2, 267-2) o funciones públicas judiciales (art. 118-3).

4.1.1.3.2 La Carta Política -Capítulo V del Título XII, artículos 365 a 370-, se ocupa de la "Finalidad social del Estado y de los Servicios Públicos", capítulo en el que se señala el régimen general que establece la Constitución para dichos servicios (art. 365 C.P.); se señalan objetivos para la actividad del Estado en materia de solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable y prioridades en materia de gasto público social (art. 366 C.P.); se fijan reglas específicas para los servicios públicos domiciliarios (arts. 367 a 369 C.P.); y se asigna competencia al Presidente de la República para señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

La Constitución utiliza igualmente el término de "servicio público" para calificar expresamente como tales determinadas actividades, por ejemplo: (i) La Seguridad Social (art. 48 C.P.) de la que señala es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Así mismo que 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 y precisa que la Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley; (ii) La atención en salud y el saneamiento ambiental (art. 49 C.P.), los cuales señala son servicios públicos a cargo del Estado, precisando en todo caso que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley; (iii) La educación (art. 67 C.P.) de la que expresa es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social que corresponderá al Estado regular y sobre el cual ejercerá la suprema inspección y vigilancia; así como (iv) la que desarrollan los notarios y registradores en relación con la cual la Constitución señala que 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 (art. 131 C.P.)<sup>44</sup>.

Cabe recordar además que la Constitución asigna al Presidente de la República la competencia para ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos. (art. 189-23)<sup>45</sup>

Dichos servicios públicos estarán sometidos de acuerdo con el artículo 365 superior, al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

La Corte ha señalado que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional; ello comporta que si bien los particulares concurren a dicha prestación, sea parcial o totalmente, como expresión de la libertad económica (art. 333 C.P.), el Estado tiene el deber de intervenir de modo que se aseguren tanto los fines fijados por el Constituyente para los servicios públicos en general (art. 365 C.P.), como los que éste haya definido para determinados servicios (seguridad social, salud, por ejemplo)<sup>46</sup>, por lo que puede establecer las condiciones y limitaciones que resulten necesarias, sean ellas relativas por ejemplo a la aplicación de "*instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado*"<sup>47</sup>, o el establecimiento de inhabilidades o incompatibilidades que puedan resultar necesarias para "el logro de sus fines competenciales" y "el respeto de los principios que rigen la función administrativa"<sup>48</sup>, fijando en todo caso límites a dicha intervención<sup>49</sup>.

4.1.1.3.3 Las anteriores referencias permiten señalar que no resulta entonces asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público.

El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares<sup>50</sup>. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado<sup>51</sup>.

Debe recordarse así mismo que como se desprende del artículo 365 superior, la actividad de prestación de los servicios públicos no es únicamente del Estado, y que bien puede éste decidir dejarla en manos de los particulares, no obstante que la regulación, control y vigilancia de

dichos servicios le corresponda ejercerla directamente y con exclusividad (arts. 189-22, 365, 370).

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

Cabe precisar que este entendimiento dado por la Constitución a la noción de servicio público corresponde a la evolución que dicha noción ha tenido en la doctrina<sup>52</sup> y que ya no corresponde a la noción clásica de servicio público que implicaba la asimilación del servicio público con la función pública y con el derecho público<sup>53</sup>.

La Constitución Política, ha reservado para el Estado las funciones de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, -que en sí mismas corresponden cabalmente al ejercicio de funciones públicas-, mientras que la prestación de los mismos, en la medida en que no implica *per se* dicho ejercicio, ha determinado que puede ser adelantada por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas (art. 365 C.P.).

No sobra precisar, que conforme al aparte final del artículo 365 superior, cuando el Estado se reserva para sí la prestación exclusiva de un servicio público, previa la indemnización de las personas que en virtud de la ley que así lo determine queden privadas del ejercicio de una actividad legítima, el particular que eventualmente llegue a prestar ese servicio por decisión del mismo Estado, por el solo hecho de dicha prestación, o de la sola celebración de un contrato de concesión para el efecto, tampoco ejercerá una función pública. Solamente en caso que la prestación haga necesario el ejercicio por parte de ese particular de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo, señalamiento de conductas, ejercicio de coerción, expedición de actos unilaterales, podrá considerarse que este cumple en lo que se refiere a dichas potestades una función pública.

Ahora bien, en relación con los controles que se pueden ejercer respecto de los particulares que excepcionalmente cumplen funciones públicas, frente a aquellos que simplemente prestan un servicio público, cabe hacer las siguientes consideraciones.

Como ya se señaló el particular que ejerce funciones públicas se encuentra sometido exactamente a los mismos controles que los servidores públicos<sup>54</sup>.

En el caso de un particular que presta un servicio público la Corte ha precisado que éste se encuentra sometido al régimen especial fijado por el legislador para la prestación del servicio público de que se trate, así como al control y vigilancia del Estado<sup>55</sup>. Ello no implica, sin embargo, que ese particular por el simple hecho de la prestación del servicio público se encuentre sometido al régimen disciplinario.

Así, la simple prestación por un particular del servicio público educativo, respecto del que la Constitución, al tiempo que reconoce la libre iniciativa de los particulares (art. 68 C.P.) y en materia universitaria un régimen de autonomía<sup>56</sup> (art. 69), señala precisos marcos para su ejercicio y un régimen de inspección y vigilancia específico (arts. 67, 189-21 C.P.), no se encuentra sometida al control de las autoridades disciplinarias.

El particular que presta dicho servicio si bien se encuentra sometido a la regulación y control del Estado para asegurar el cumplimiento de los fines que en este campo ha señalado el Constituyente (arts. 67 a 71 C.P.), no cumple una función pública objeto de control disciplinario.

Las empresas prestadoras de salud igualmente están encargadas de un servicio público regido por los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, cuya prestación está reglamentada, vigilada y controlada por el Estado (art. 49 C.P.), pero sin que ello signifique el sometimiento de las entidades privadas promotoras y prestadoras de salud a la ley disciplinaria, en tanto en sí misma su actividad no implica el ejercicio de una función pública.

Solamente en el caso en que dicha prestación haga necesario el ejercicio de determinadas potestades inherentes al Estado, que hayan sido atribuidas de manera expresa por el legislador al particular encargado de la misma, habrá lugar a la aplicación en su caso de dicho régimen y ello exclusivamente en relación con el ejercicio de dichas potestades.

Así por ejemplo en aquellos casos a los que alude el artículo 33 de la Ley 142 de 1994<sup>57</sup> el particular que presta un servicio público domiciliario podrá responder disciplinariamente de sus actos dado que en esas circunstancias el particular ejerce respecto de las potestades que se le atribuyen una función pública, que como tal queda sometida al control disciplinario.

En ese orden de ideas, para efectos del control disciplinario será solamente en el caso en que la prestación del servicio público haga necesario el ejercicio de funciones públicas, entendidas como exteriorización de las potestades inherentes al Estado -que se traducen generalmente en señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción-, que el particular estará sometido, en relación con dicho ejercicio, al régimen disciplinario.

No sobra reiterar que en ese supuesto necesariamente la posibilidad de que el particular pueda hacer uso de dichas potestades inherentes al Estado debe estar respaldada en una habilitación expresa de la ley<sup>58</sup>.

#### 4.1.1.4 El alcance del artículo 366 constitucional

En la medida en que el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 hace referencia al artículo 366 constitucional, la Corte considera pertinente hacer algunas consideraciones en torno a su contenido y alcance.

De acuerdo con dicho texto superior:

"El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación".

Dicha norma hace parte del capítulo V del título XII de la Carta Política titulado "de la finalidad social del Estado y de los servicios públicos". Ella debe leerse en concordancia con el primer inciso del artículo 365 superior que señala que "Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado" y que "es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional", así como con el texto de los artículos 1 y 2 superiores que establecen que Colombia es un Estado social de Derecho y señalan sus fines esenciales.

De dichas normas se deriva la determinación por el Constituyente de unas orientaciones específicas para la acción del Estado, que en materia de servicios públicos debe tener en cuenta la finalidad social que la Constitución le atribuye<sup>59</sup>.

El artículo 366 se refiere en este sentido no a la determinación de un régimen específico de prestación de los servicios públicos para satisfacer las necesidades insatisfechas que allí se enuncian en materia de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, sino a la determinación de prioridades de la actividad estatal en la solución de dichas necesidades<sup>60</sup> para garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, señalando en armonía con dichos objetivos que en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales el gasto social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

Ello no implica sin embargo que los servicios públicos mediante los cuales se satisfacen las necesidades allí enunciadas tengan una naturaleza diferente de la de los demás servicios públicos, ni mucho menos que su prestación se transforme en el cumplimiento de una función pública.

Cabe precisar que en relación con algunas de las actividades aludidas la Constitución hace menciones específicas en otros textos constitucionales a su calidad de servicios públicos, enfatizando en cada caso que ellos son un servicio público "de carácter obligatorio" para el caso de la seguridad social (art. 48 C.P.) que incluye la seguridad social en salud; "a cargo del Estado", para el caso de la atención de la salud y el saneamiento ambiental (art. 49 C.P.); "que tiene una función social", para el caso de la educación (art. 67 C.P.).

Particular mención debe hacerse en este sentido al artículo 49 superior que señala que la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos "a cargo del Estado", expresión que igualmente utiliza el artículo 53 de la Ley 734 de 2002.

Al respecto cabe precisar que en dicho artículo 49 el Constituyente señala que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Lo que implica que la expresión "a cargo del Estado" no supone que la prestación de dicho servicio se encuentre reservada con exclusividad al Estado.

Así las cosas la expresión "servicios a cargo del Estado" no tiene un significado específico en la Constitución que determine un régimen o una calificación determinada de un servicio público.

Por lo demás cabe afirmar que todos los servicios públicos en último análisis "se encuentran a cargo del Estado" pues ellos son "inherentes a la finalidad social" que la Constitución le atribuye al Estado colombiano.

Lo que está significando el Constituyente en el artículo 49 así como en el artículo 366 superiores, es un énfasis de atención que debe dar el Estado a determinadas actividades para el cumplimiento de los fines fijados en la Carta, lo que autoriza que el Legislador establezca, como ya se explicó, condiciones que se ajusten a la obtención de dichos fines<sup>61</sup>, pero sin que ello signifique la determinación de un régimen específico de prestación para dichos servicios, que permita asimilarlos a las "funciones públicas", para los efectos que se analizan en la presente providencia.

Así las cosas, ha de concluirse que en lo que se refiere concretamente al control disciplinario que pueda ejercerse sobre los particulares que prestan un servicio público no cabe derivar de la mención que se haga al artículo 366 superior ninguna consecuencia diferente de la que puede predicarse de cualquier servicio público.

Hechas las anteriores precisiones y consideraciones la Corte procede a analizar los cargos formulados en la demanda contra los apartes acusados del artículo 53 de la Ley 734 de 2002.

4.1.2. El análisis de los cargos en contra de la expresión "que cumplen labores de interventoría en los contratos estatales" contenida en el primer inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002

Para el actor la expresión "que cumplen labores de interventoría en los contratos estatales" contenida en el primer inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 vulnera el artículo 243 constitucional por reproducir una norma declarada inexequible en la Sentencia C-280 de 1996. Sentencia en la que la Corporación declaró la inexequibilidad de algunos apartes de los artículos 29 y 32 de la Ley 200 de 1995 y en la que señaló específicamente que dado que entre el contratista y la administración no hay subordinación jerárquica, sino que éste presta un servicio, de manera autónoma, por lo cual sus obligaciones son aquellas que derivan del contrato y de la ley contractual. Entonces, no son destinatarios del régimen disciplinario las personas que están relacionadas con el Estado por medio de un contrato de prestación de servicios personales, por cuanto se trata de particulares contratistas y no de servidores públicos.

#### 4.1.2.1. La ausencia de cosa juzgada material en relación con lo decidido en la sentencia C-280 /96

Al respecto la Corte advierte que, contrariamente a lo afirmado por el demandante, en relación con la expresión "que cumplen labores de interventoría en los contratos estatales" contenida en el primer inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, no puede predicarse la configuración del fenómeno de la cosa juzgada material, respecto de lo decidido en la sentencia C-860 de 1996 en la que la Corte declaró la inexequibilidad de algunas expresiones contenidas en los artículos 29 y 32 de la Ley 200 de 1995.

En efecto en dicha decisión la Corte declaró la inexequibilidad de las expresiones "o de prestación de servicios personales" y "o de prestación de servicios" contenidas en los artículos 29<sup>62</sup> y 32<sup>63</sup> aludidos.

Ahora bien para que se configure el fenómeno de la cosa juzgada material es necesario que se reúnan cuatro elementos a saber:

1. Que una norma haya sido previamente declarada inexequible.
2. Que la disposición demandada respecto de la cual se predica la existencia de cosa juzgada material tenga el mismo contenido normativo excluido del ordenamiento jurídico, esto es, que lo reproduzca lo que implica que el contenido material del texto demandado sea igual a aquel que fue declarado inexequible.
3. Que el texto de referencia anteriormente juzgado con el cual se compara la "reproducción" haya sido declarado inconstitucional por "razones de fondo", lo cual significa que la ratio decidendi de la inexequibilidad no debe haber reposado en un vicio de forma.
4. Que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a las razones de fondo en el juicio previo de la Corte en el cual se declaró la inexequibilidad

Cuando estos cuatro elementos se presentan, se está ante el fenómeno de la cosa juzgada constitucional material y, en consecuencia, la norma reproducida, también debe ser declarada inexequible por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política, pues éste limita la competencia del legislador para expedir la norma ya declarada contraria a la Carta Fundamental<sup>66</sup>.

Como se desprende de la simple comparación de los textos declarados inexequibles en aquella ocasión ("o de prestación de servicios personales" y "de prestación de servicios", contenidas en los artículos 29 -que establecía el listado de sanciones principales- y 32 -que establecía los límites de las sanciones- señaladas en la ley 200 de 1995), con la expresión ahora acusada, ("que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales" contenida en el artículo 53 de la ley 734 de 2002 en el que se señalan los particulares sujetos al régimen disciplinario especia establecido en dicha ley), tales elementos no se configuran en el presente caso y mal puede considerarse que se esté en este caso frente al fenómeno de la cosa juzgada material.

En efecto tanto los textos, como el contenido material de las disposiciones es diferente y en este sentido en ningún desconocimiento de la cosa juzgada constitucional se ha incurrido por el Legislador.

Así las cosas la Corte rechazará el cargo planteado por el actor en este sentido.

Ahora bien, en la medida en que de acuerdo con los artículos 46 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y 22 del Decreto 2067 de 1991, la Corte debe confrontar el texto acusado con el conjunto de la Constitución y que tanto las diferentes intervenciones como el concepto de la vista fiscal no se limitaron al cargo planteado sino que hicieron consideraciones generales sobre la constitucionalidad de la disposición acusada, la Corte procede a examinar dicho texto a partir de las consideraciones preliminares del presente acápite y de la jurisprudencia de la Corporación sobre la materia.

#### 4.1.2.2. Los criterios señalados en la jurisprudencia sobre la no aplicación de la ley disciplinaria a los particulares contratistas

En varias decisiones, incluida la sentencia invocada por el actor en su demanda, la Corporación ha señalado que los particulares contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales al contratar con el Estado y en este sentido no están sujetos a la ley disciplinaria.

Así acudiendo, como ya se recordó, a un criterio subjetivo, la Corte señaló en la Sentencia C-280/96 que entre el contratista y la administración no hay subordinación jerárquica, sino que este presta un servicio de manera autónoma, por lo cual sus obligaciones y el ámbito de su responsabilidad son las que se derivan del contrato y de la ley contractual, sin que pudieran ser destinatarios de del régimen disciplinario previsto para los servidores públicos.

Criterio que fuera reiterado en la sentencias C-286/96 y C-543/98, en las que sin embargo se dio paso, como también ya se recordó, a la aplicación en este campo de un criterio material para identificar a los particulares que pudieran ser destinatarios de la ley disciplinaria, no a partir del tipo de relación que pudiera existir entre estos y el Estado, sino a partir del contenido de la función que les fuera encomendada, la cual de poder considerarse como el ejercicio de una función pública, implicaba la aplicación de la ley disciplinaria<sup>67</sup>.

En este sentido la Corte en la Sentencia C-181/02 precisó que cuando se establezca, mediante contrato, la administración de recursos

parafiscales por los particulares, -que sin lugar a dudas constituye el ejercicio de una función pública-, el contratista encargado de dicha administración queda sometida al control disciplinario exclusivamente en lo referente a ella.

Así las cosas, aplicando el mismo criterio en el presente caso, solamente en la medida en que pueda concluirse que el particular interventor de un contrato estatal cumple una función publica, cabría considerar que en relación con él el Legislador puede establecer la aplicación del régimen disciplinario.

#### 4.1.2.3. El objeto del contrato de interventoría y la atribución al contratista de potestades que implican el ejercicio de funciones públicas.

De acuerdo con el numeral primero del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 dentro de los derechos y deberes de las entidades estatales para la consecución de los fines de la contratación estatal se encuentra el de exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del contrato.

Así mismo de acuerdo con el numeral 1 del artículo 26 del mismo estatuto los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto del contrato y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

Para efectos de dicha vigilancia la administración contratante puede designar uno de sus servidores, que asume la labor de interventoría de un contrato determinado. En su calidad de servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y la ley.

La entidad puede también contratar los servicios de un particular para realizar la interventoría del contrato, bien, porque la ley así se lo exija, - para los contratos de obra que se hayan sido celebrado como resultado de un proceso de licitación o concurso (art 32-1 de la Ley 80), bien por decisión de la entidad, -luego de que se certifique la inexistencia de personal de planta para desarrollar las actividades que se pretenden contratar (parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80)- .

Particular al que se acude en función de sus conocimientos técnicos, que necesariamente deberá estar inscrito, clasificado y calificado en el registro de proponentes, como cualquier otro contratista al tenor de lo dispuesto en el artículo 22-1 de la Ley 80.

En estas circunstancias, se deberá celebrar un contrato de interventoría, en el que se pactará, en el marco de la libertad de estipulación a que alude el artículo 40 de la Ley 80, el cumplimiento de las funciones que las partes consideren necesarias y convenientes.

Sobre el objeto mismo del contrato y sobre la cláusulas que en ellas puedan pactarse, cabe señalar que contrariamente a lo que sucedía con las normas de contratación anteriores a la ley 80, que regulaban con cierta precisión dicho contrato<sup>68</sup>, el estatuto vigente señala solamente en el artículo 32 que "en los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53" del mismo estatuto. La misma norma, luego de definir los contratos de consultoría como aquellos que "celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión", señala que son contratos del mismo tipo "los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos".

Precisa finalmente el mismo artículo que "ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente" y que será obligatorio para el interventor "entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato".

Por su parte el artículo 53 de la ley 80 señala que los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueran imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría.

Así mismo el artículo 56 del mismo estatuto señala que para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

Norma esta última que fuera declarada exequible por esta Corporación en la Sentencia C-543/98 en la que empero se precisó que el artículo referido asimila la conducta del particular a la de un servidor público sólo para efectos penales; y que otro tipo de responsabilidad derivada de la actuación oficial, como la disciplinaria, se continuaba predicando por la Corporación con exclusividad de los funcionarios, que tienen con el Estado una relación legal y reglamentaria<sup>69</sup>.

Por tratarse de un particular, precisamente, como ya se señaló, solo en el caso de que se le atribuyan prerrogativas que puedan considerarse el ejercicio de funciones públicas cabe someter a dicho particular a la Ley disciplinaria.

Ahora bien, para la Corte de los elementos que se desprenden de la ley resulta claro que al interventor le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios.

Dicha función de control, que las normas contractuales asignan a los servidores públicos, pero que excepcionalmente en virtud del contrato de

interventoría puede ser ejercida por un particular, implica en realidad el ejercicio de una función pública.

Téngase en cuenta que el interventor, como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, podrá exigir al contratista la información que estime necesaria; efectuará a nombre de la administración las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato de que se trate adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en él, es decir que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

La Corte llama la atención además sobre el hecho de que el objeto sobre el cual recae la vigilancia, a saber el desarrollo del contrato estatal, supone la presencia de recursos públicos, y que en este sentido la labor de vigilancia que se le encarga para que el desarrollo del contrato se ajuste a los términos del contrato y a la realización de los fines estatales específicos que con el se persiguen, implica la protección de esos recursos.

Concluye la Corte entonces que en el cumplimiento de las labores de interventoría en los contratos estatales el particular contratista se ve atribuido el ejercicio de una función pública y que en este sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria.

Así las cosas la Corte declarará la exequibilidad de la expresión "*que realicen labores de interventoría en los contratos estatales*" contenida en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 y así lo señalará en la parte resolutiva de esta sentencia.

4.1.2.4. El análisis de los cargos en contra de la expresión "*presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política*" contenida en el primer inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002

Para el actor la expresión "*presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política*", contenida en el primer inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 vulnera el artículo 365 superior en cuanto permite al Estado extender sus actuaciones más allá de la regulación control y vigilancia a que alude dicho texto constitucional. Con lo que se desbordaría de esta manera el ámbito constitucional del control disciplinario y con lo que se desconocería que si bien el Legislador puede determinar el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñan funciones públicas (art 123 C.P.) en el caso de la prestación de servicios públicos por particulares no se genera una situación de subordinación al Estado que sería indispensable para que una persona pueda ser sujeto del poder disciplinario.

Al respecto la Corte recuerda que de acuerdo con las consideraciones efectuadas en los apartes preliminares del presente acápite de esta sentencia, lo que procede en este campo es la aplicación de un criterio material para identificar a los particulares que pueden ser destinatarios de la ley disciplinaria, es decir que debe tomarse en cuenta no el tipo de relación que pudiera existir entre estos y el Estado, sino el contenido de la función que les haya sido encomendada, la cual de poder considerarse como el ejercicio de una función pública, implica la aplicación de la ley disciplinaria.

Ahora bien, de las mismas consideraciones resulta claro que la prestación de un servicio público por sí misma no conlleva el ejercicio de una función pública.

Como allí se explicó, la Constitución distingue claramente entre uno y otro concepto y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones y que implican particularmente que no se puedan confundir el ejercicio de función pública por particulares con la prestación de servicios públicos por particulares.

Así mismo quedó claro que el Constituyente reservó al Estado la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios, pero que dentro de dichos controles no se cuenta para el caso de la prestación de los servicios públicos por particulares y en razón de dicha prestación, el control disciplinario, pues éste lo reservó la Constitución para los servidores públicos y para los particulares que excepcionalmente cumplen funciones públicas.

En el mismo sentido quedó claro también que, el artículo 366 constitucional no establece un régimen de prestación específico respecto de los servicios públicos que en él se mencionan -salud, educación, saneamiento básico y agua potable-, y menos aún que de él se pueda desprender la calificación de la prestación de dichos servicios por particulares como el ejercicio de una función pública, por lo que en lo que se refiere concretamente al control disciplinario no cabe derivar de la mención que se haga a dicho artículo superior ninguna consecuencia diferente de la que puede predicarse de la prestación de cualquier servicio público.

Así las cosas, todos esos presupuestos llevarían en principio a la Corte a considerar que asiste razón al actor en relación con la vulneración del artículo 365 superior por parte de la norma acusada pues si bien los servicios públicos tendrán el régimen que fije la Ley, lo que significa que el Legislador en esta materia tiene un amplio margen de configuración, su potestad legislativa debe necesariamente concordarse en materia de control disciplinario con las normas constitucionales que fijan los parámetros de dicho control, las cuales como se explicó en los apartes precedentes de esta sentencia en lo que se refiere a la aplicación del mismo a los particulares solamente permiten que ello ocurra cuando ellos ejercen una función pública.

Ha de tenerse en cuenta sin embargo que, como también ya se explicó, el particular que presta un servicio público puede excepcionalmente ser encargado del ejercicio de determinadas potestades inherentes al Estado, en cuanto estas resulten necesarias para dicha prestación y estén respaldadas en una habilitación expresa de la ley. Entonces en ese caso, el particular que presta un servicio público podrá ser sujeto del poder

disciplinario respecto del ejercicio de dichas potestades y ello en relación con cualquier servicio público en que dicha habilitación de funciones públicas haya sido establecida.

En este sentido lo que procede es la declaratoria de exequibilidad condicionada de la disposición acusada, "presten servicios públicos a cargo del estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política" contenida en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, bajo el entendido de que el particular que preste un servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y estas sean asignadas explícitamente por el Legislador.

4.1.2.5. El análisis de los cargos planteados en contra de las expresiones "Distrital de Bogotá" y "Distrital" contenidas en el artículo 160 de la Ley 734 de 2002

Para el actor, así como para la vista fiscal las expresiones "Distrital de Bogotá" y "Distrital" contenidas en el artículo 160 de la Ley 734 de 2002 vulneran el artículo 13 constitucional en cuanto con ellas el Legislador asigna al personero Distrital de Bogotá una competencia que no se reconoce a los demás Personeros del país, incluidos los personeros de los demás Distritos Especiales, lo que establecería un tratamiento discriminatorio contrario a la Constitución.

Al respecto, no sobra recordar que sobre el contenido completo del artículo 160/*ibidem* la Corte ya se pronunció en la Sentencia C-977/02 en la que limitó sin embargo los efectos de la decisión a los cargos formulados por el actor en ese proceso, razón por la cual, como ya se explicó, procede hacer el estudio de los cargos planteados por el demandante en el presente proceso en contra de las expresiones acusadas contenidas en dicho artículo 160/*ibidem*.

Cabe recordar así mismo que en dicha Sentencia la Corte precisó el entendimiento que podía darse a la norma de acuerdo con la Constitución y en este sentido declaró su exequibilidad en los términos de la parte motiva.

Sobre dicho entendimiento y para facilitar el análisis que ahora corresponde efectuar a la Corporación, resulta pertinente recordar lo dicho por la Corte en esa ocasión.

#### "5.1 Constitucionalidad del diseño de la medida provisional

##### 5.1.1 La estructura básica de la norma

La norma acusada establece la facultad legal de solicitar una suspensión preventiva de procedimientos administrativos, actos o contratos o de su ejecución. No se trata de una medida cautelar en sentido estricto puesto que su finalidad no es asegurar los efectos de una eventual sanción disciplinaria. Es una medida preventiva de un ámbito de acción más amplio pero con unas especificidades que es necesario precisar.

Tal facultad es atribuida tan sólo a dos autoridades: el Procurador General y el Personero Distrital de Bogotá. La norma autoriza al primero a delegar de manera especial esta facultad. El destinatario de la solicitud en cambio, no se menciona, pero está implícito ¿la solicitud de suspensión se eleva ante alguien? y puede deducirse sin problema hermenéutico alguno del sentido de la norma y los antecedentes legislativos: la medida se dirige a la respectiva autoridad administrativa<sup>70</sup>, esto es, a aquella autoridad que adelanta el correspondiente procedimiento administrativo, ha expedido el respectivo acto administrativo o puede ejercer la competencia legal para contratar a nombre del Estado. No obstante, los únicos destinatarios potenciales de la solicitud de suspensión no son los servidores públicos. También pueden serlo los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas de conformidad con las condiciones establecidas en la Constitución y en las leyes (artículo 123 C.P.).

El contexto de la norma es el procedimiento disciplinario puesto que la medida provisional sólo puede ejercerse cuando se adelantan diligencias disciplinarias por la Procuraduría o la Personería Distrital de Bogotá. Ello significa que el sustento probatorio de la medida debe obrar en un expediente disciplinario. No obstante, la norma acusada no regula la única facultad preventiva del Procurador General, de tal forma que el contexto disciplinario de ésta precisa atribución no debe entenderse como una restricción a otras facultades preventivas que le confieren la Constitución y las leyes.

Las condiciones de aplicación de la norma, o sea, del ejercicio de la facultad en ella consagrada, tienen un doble carácter: teleológico y objetivo. De no cumplirse con dichas condiciones de aplicación, estaríamos ante el ejercicio ilegal de la medida preventiva en mención. Las condiciones teleológicas consisten en la finalidad de hacer cesar los efectos y de evitar los perjuicios que puedan derivarse de la no suspensión de los procedimientos administrativos, actos o contratos en cuestión. Otras motivaciones, como por ejemplo la inconveniencia política o la impopularidad de la autoridad competente, no justifican jurídicamente el ejercicio de la medida. Por su parte, las condiciones objetivas tienen que ver con las circunstancias que permitan inferir, primero, que se vulnera el ordenamiento jurídico o, segundo, que se defraudará al patrimonio público. Se trata aquí de condiciones objetivas cuya apreciación corresponde al titular de la competencia. Si bien el proceso de intelección mental supone un elemento subjetivo de valoración, no cabe razón a la demandante cuando afirma que la medida provisional es de entera discrecionalidad del Procurador o el Personero Distrital. La inferencia sobre la posible ocurrencia de los hechos que se pretenden evitar, a saber, la vulneración del ordenamiento jurídico o el detrimento patrimonial del Estado, es un juicio lógico cuya corrección depende de que se verifiquen los hechos invocados para afirmar la existencia de un riesgo. Dicha existencia debe surgir de un hecho manifiesto puesto que la norma exige que "se evidencien circunstancias que permitan inferir" la vulneración o la defraudación. Se trata, por lo tanto, de un juicio de razón objetivo dentro de unos márgenes de apreciación, por lo tanto, controlable. Si las circunstancias invocadas como generadoras de la probabilidad de ocurrencia del desenlace indeseado no son evidentes, entonces se estará ante una extralimitación del órgano de control en el ejercicio de sus funciones, que acarrea consecuencias jurídicas para el Procurador General o el Personero Distrital.

Finalmente, subraya la Corte que como la norma acusada regula las facultades del Procurador General y del Personero de Bogotá en el contexto del proceso disciplinario, ésta no atribuye a las autoridades administrativas nuevas competencias para suspender los procedimientos, los actos, los contratos o su ejecución. Estas autoridades, dentro del ámbito de sus funciones y de sus facultades específicas, deben decidir, primero, si es necesario hacer cesar los efectos y evitar un perjuicio y, segundo, cuál es el medio apropiado a su alcance en virtud de las leyes vigentes para lograr esos fines, dada la naturaleza del objeto de la solicitud de suspensión puesto que las reglas legales en cada caso son diferentes, como se verá posteriormente respecto de los procedimientos administrativos, los actos, los contratos o su ejecución.

#### **5.1.2 Objeto de la medida provisional**

La solicitud de suspensión dirigida a la autoridad administrativa correspondiente puede recaer sobre procedimientos administrativos, actos o contratos. En atención a que las posibilidades jurídicas de suspender cada una de estas actuaciones son diferentes y puede conllevar efectos diversos para las personas posiblemente afectadas por la decisión, es necesario establecer el sentido de la disposición al momento de juzgar su constitucionalidad.

La norma acusada señala que la solicitud puede recaer sobre un procedimiento administrativo, un acto, un contrato o su ejecución, pero no especifica cuáles son las medidas que puede adoptar el destinatario de la solicitud en cada caso. La Corte entiende que la disposición no atribuye a los destinatarios una facultad novedosa para suspender procedimientos, actos o contratos. Ese no es su objeto ni su finalidad y, por ello, el texto del artículo se limita a regular una medida provisional dentro del contexto del régimen disciplinario.

En este orden de ideas, el destinatario de una solicitud de suspensión debe, como se anotó anteriormente, analizar si el ordenamiento jurídico vigente le atribuye alguna facultad que le permita cumplir la finalidad de la norma: lograr que cesen los efectos y se evite un detrimento patrimonial. La facultad idónea para alcanzar este objetivo no tiene que ser específicamente una facultad de suspensión puesto que el ordenamiento contempla diversas atribuciones, establecidas en distintas leyes, tales como el Código Contencioso Administrativo y el Estatuto de Contratación Administrativa, que sin ser propiamente de suspensión tienen la virtud de hacer cesar los efectos o de evitar un detrimento patrimonial. En algunos casos, como por ejemplo en ciertos procedimientos administrativos, la suspensión se puede lograr por la decisión de no continuar adelantando la actuación administrativa iniciada de oficio mientras se estudia el asunto elevado por el Procurador General de la Nación o el Personero de Bogotá.

Cuando el legislador estime que las facultades que el ordenamiento vigente confiere a los potenciales destinatarios de la solicitud de suspensión son insuficientes para alcanzar las finalidades de la medida preventiva, podrá dentro del respeto a la Constitución, ejercer su potestad de configuración para complementar, mediante una ley, el régimen en vigor aplicable a los procedimientos administrativos, a los actos, a los contratos y a su ejecución.

#### **5.1.3 Ejercicio de la medida provisional y sus efectos**

La medida provisional de solicitud de suspensión del procedimiento, acto o contrato administrativo, si bien no constituye una orden que deba ser cumplida obligatoriamente por la autoridad administrativa competente, no por ello deja de surtir efectos. Como se precisó anteriormente, la medida prevista en la norma acusada no es una orden sino una solicitud. Esta debe materializarse en un acto jurídico motivado en el cual se expresen las razones por las cuales se pide la suspensión. La motivación debe desarrollar los fines y condiciones establecidos en la norma sin que ello implique señalar eventuales responsables. De tal manera que, al adelantar diligencias disciplinarias, cuando se evidencian las circunstancias aludidas por la norma, en la solicitud se debe especificar, por lo menos: a) cuáles son éstas, b) por qué se infiere de ellas que se produce o producirá el resultado que la norma pretende evitar, c) en qué consiste la vulneración del ordenamiento jurídico o la defraudación del patrimonio público en el caso concreto y d) cuál es el procedimiento, acto o contrato o su ejecución cuyos efectos deben cesar para impedir que ocurra o que continúe ocurriendo lo que es necesario, en derecho, prevenir o acabar.

La norma acusada no hace imperativo solicitar la suspensión, sino que faculta al Procurador General, al Personero Distrital de Bogotá para adoptar la medida preventiva. Por lo tanto, si bien el artículo regla el ejercicio de esta facultad, éstos habrán de apreciar en cada caso si es necesario elevar la solicitud de suspensión y si se dan los presupuestos para ello establecidos en la disposición acusada. Empero, en ciertas circunstancias donde es palpable que se presenta una grave vulneración del ordenamiento jurídico o una clara defraudación del patrimonio público, la omisión en el ejercicio de esta facultad podría generar consecuencias jurídicas para quienes fueron investidos de dicha atribución, dado que los servidores públicos responden no sólo por violación de la ley sino también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6 C.P.).

Cuando el Procurador, su delegado especial para el efecto, o el Personero Distrital de Bogotá, ante la evidencia de circunstancias que le permiten inferir que se vulnera el ordenamiento jurídico o se defraudará al patrimonio público, solicita la suspensión del procedimiento administrativo, acto o contrato para hacer cesar sus efectos y evitar posibles perjuicios, y el respectivo servidor público no atiende la solicitud, entonces este último asume los riesgos jurídicos que implica permitir que tales procedimientos, actos y contratos sigan surtiendo efectos. Aunque la solicitud de suspensión no tiene efectos vinculantes ya que no es una orden, sí obliga al destinatario de la medida a adoptar una decisión al respecto. Así, éste no puede guardar indefinidamente silencio sobre la solicitud; por el contrario, debe responder oportunamente a la petición que le ha sido formulada. La respuesta debe indicar si se procederá o no a adoptar una decisión que haga cesar los efectos y evite el perjuicio. En caso afirmativo, el acto correspondiente del destinatario de la solicitud debe reunir los requisitos que para su expedición establece el ordenamiento jurídico. En caso negativo, el destinatario debe expresar las razones por las cuales no procede la suspensión. Estas razones pueden ser de dos tipos, en términos generales. En primer lugar, el destinatario de la solicitud puede llegar a la conclusión de que no es procedente hacer cesar los efectos del procedimiento administrativo, del acto, del contrato o de su ejecución porque en realidad no se reúnen

las condiciones establecidas en la norma acusada o porque existen otros referentes jurídicos o consideraciones de interés público que así lo exigen o aconsejan en el caso concreto. En segundo lugar, el destinatario de la solicitud de suspensión puede concluir que sí procede hacer cesar los efectos y evitar el perjuicio en el caso concreto pero encontrar que dentro de sus facultades ninguna es idónea para ese fin y, por lo tanto, carece de medios jurídicos para atender positivamente la medida preventiva.

En ambos casos, se trata de una decisión autónoma del destinatario de la solicitud de suspensión que ha de tomar dentro del ámbito de sus competencias y deberes. Será el destinatario el que aprecie las circunstancias del caso, analice el marco normativo pertinente y asuma los riesgos jurídicos de la decisión o las responsabilidades de diverso orden que de ella se puedan derivar cualquiera que sea el sentido de la misma, positivo por atender la solicitud o negativo por no atenderla. Por ejemplo, la decisión del destinatario de la solicitud puede tener consecuencias respecto de la calificación de su diligencia o negligencia"

(z)

Adicionalmente, reitera la Corte que en el trámite legislativo se le sustraio a la norma el alcance de crear una "prejudicialidad disciplinaria" que pudiese implicar un juicio anticipado sobre la conducta de un funcionario o sobre los particulares que pudieren ser beneficiados con dicha conducta. La medida preventiva aprobada por el Congreso se funda en una apreciación objetiva relativa a la eventual vulneración del ordenamiento jurídico o al posible detrimento del patrimonio público. Además, esta apreciación debe basarse en hechos que evidencien tales circunstancias. Por lo demás, la autoridad administrativa destinataria de la solicitud de suspensión sólo podrá adoptar las decisiones correspondientes dentro del marco de sus competencias constitucionales y legales y no está obligada a adoptar medidas para atender la solicitud. Por ello, la negativa de dichas autoridades a obrar conforme a la solicitud de suspensión no puede ser invocada como un indicio en su contra dentro del proceso disciplinario que se esté adelantando"<sup>71</sup>.

Cabe recordar igualmente que dentro de su análisis la Corporación hizo énfasis en que la norma encontraba fundamento constitucional en las funciones preventivas que de acuerdo con la Constitución podían predicarse de la labor encomendada al Ministerio Público.

Dijo la Corte:

"Para lograr el objetivo de fortalecer al Estado, particularmente a la Procuraduría y a la Personería Distrital de Bogotá, con la atribución de nuevas facultades para la lucha contra la corrupción administrativa, el Congreso consagró la medida preventiva objeto de la presente demanda de inconstitucionalidad. Ello con fundamento tanto en la posibilidad de que la ley le asigne al Procurador General de la Nación funciones adicionales a las enunciadas en la Carta (artículo 277 numeral 10) como en el numeral 7 del citado artículo de la Constitución que confía al Jefe del Ministerio Público la función constitucional de "intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales" (Se subraya). Es así como el artículo 160 del Código Disciplinario Único busca desarrollar y concretar la mencionada intervención del Procurador ante las autoridades administrativas con miras a defender el orden jurídico y el patrimonio público, entre otros, dentro de una visión de la Procuraduría que valora especialmente sus funciones preventivas."<sup>72</sup>

En efecto, ejercer preferentemente el poder disciplinario como concreción de la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas es tan sólo una de las múltiples atribuciones que la propia Constitución confía al Procurador General de la Nación para que éste las cumpla, "por sí o por medio de sus delegados y agentes" (artículo 277 numeral 6).

Además, de esta atribución que conduce a la imposición de sanciones disciplinarias, la Procuraduría General de la Nación tiene funciones de naturaleza preventiva, no sancionatoria. La misión preventiva de la Procuraduría encuentra fundamento en varias disposiciones constitucionales. Es así como, por ejemplo, para vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos (artículo 277 numeral 1, C.P.), el Procurador puede exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria (artículo 277 numeral 9, C.P.).

También puede "intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas" cuando se reúnan las condiciones señaladas en el numeral 7 del artículo 277 de la Carta. Dentro de éstas resultan especialmente relevantes para analizar la constitucionalidad de la norma acusada la necesidad de defender tanto "el orden jurídico" como "el patrimonio público". Ello guarda consonancia con la función de "defender los intereses colectivos" (artículo 277 numeral 4 C.P.) tales como los enunciados en el artículo 88 de la Constitución entre los cuales se destacan los relacionados "con el patrimonio" y "la moralidad administrativa", así como con la función de "velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas" (artículo 277 numeral 5 C.P.), funciones éstas que deben estar "al servicio de los intereses generales", no de intereses particulares o privados, y que deben desarrollarse "con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad" por mandato expreso del artículo 209 de la Carta.

Claramente el Constituyente no pretendió hacer una enumeración taxativa de las funciones de la Procuraduría, puesto que facultó al legislador para determinar otras atribuciones compatibles con la posición institucional y la misión constitucional del Ministerio Público (artículo 277 numeral 10 C.P.)".

(...)

Las funciones preventivas del Procurador General de la Nación pueden ser desarrolladas por el legislador en ejercicio de la potestad de configuración que la Constitución le confiere. La Carta no estableció un modelo único y rígido de concreción de la misión institucional del Procurador General en el ámbito preventivo. El legislador puede optar por regular de manera integral dicha misión o por desarrollar tan solo una

de las funciones que se inscriben en dicho ámbito. Puede también establecer una separación clara entre las funciones preventivas, las funciones protectoras de los derechos y las funciones sancionatorias de orden disciplinario, o, alternativamente, puede, por ejemplo, establecer relaciones específicas entre el ejercicio del poder disciplinario y la concreción de ciertas atribuciones de carácter preventivo. La norma acusada expresa la decisión del legislador de permitir que dentro del contexto de un proceso disciplinario se ejerza una función preventiva específica encaminada a impedir la vulneración del orden jurídico y la defraudación del patrimonio público.<sup>73</sup>.

Ahora bien, frente al cargo planteado en el presente proceso que se sintetiza en la pregunta de si vulnera el principio de igualdad el hecho de que las expresiones acusadas atribuyan al Personero Distrital de Bogotá, con exclusión de los demás personeros distritales y municipales, la facultad preventiva que se consagra en el artículo 160 de la Ley 734 de 2002, la Corte hace las siguientes consideraciones.

Esta Corporación ha señalado de manera reiterada que en desarrollo del principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta Política, corresponde al legislador otorgar el mismo trato jurídico a todas aquellas situaciones fácticas que pueden ser comparadas, así como establecer las correspondientes diferenciaciones cuando se trate de situaciones fácticas disímiles<sup>74</sup>.

Esta Corporación ha establecido también en múltiples ocasiones que un tratamiento legislativo diferente no implica *per se* una violación del principio de igualdad siempre y cuando sea objetivo y razonable<sup>75</sup>. La Corte ha acudido entonces al llamado test de igualdad<sup>76</sup> para verificar la legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad del trato diferenciado a la luz de la Constitución<sup>77</sup>.

Aplicando dichos criterios en el presente caso la Corte constata que el Personero Distrital de Bogotá se encuentra en la misma situación jurídica de los demás personeros del país, pues si bien le corresponde ejercer sus funciones en la capital del país, las competencias jurídicas que le atribuyen la Constitución (art. 118 C.P) y la ley (arts 2 y 3 de la Ley 734 de 2002) son exactamente las mismas de los demás personeros<sup>78</sup>.

Cabe precisar al respecto que si bien la Constitución señaló en el artículo 322 un régimen especial para el Distrito Capital desarrollado en el Decreto Ley 1421 de 1993, dicho régimen no incluye el régimen disciplinario.

Ahora bien, a pesar de esta circunstancia el Legislador decidió atribuir de manera exclusiva al Personero Distrital de Bogotá una competencia que no atribuye a los demás personeros del país, razón por la cual, la Corte debe indagar si existe una justificación legítima a la luz de la Constitución para esta atribución excluyente, y en caso de que ella exista, determinar si la diferencia de trato que así se establece cumple con los presupuestos de racionalidad y proporcionalidad a que hecho referencia la jurisprudencia en este campo.

Empero, de los antecedentes legislativos de la norma bajo examen no se desprende la expresión por parte del Legislador de justificación alguna que explique la asignación exclusiva al Personero Distrital de Bogotá, de la competencia preventiva a que se refiere el artículo 160 de la Ley 734 de 2002.

La Corte, encuentra que por el contrario, frente al objeto de la norma -dotar de instrumentos al Estado para prevenir la vulneración del ordenamiento jurídico o la afectación del patrimonio público y luchar contra la corrupción-, y frente a las precisiones hechas por la Corte en relación con el alcance de la norma, no cabe limitar solamente al Distrito Capital, la aplicación de la misma.

Debe tenerse en cuenta que en este campo se trata no solamente de la diferencia de trato que pueda predicarse entre el Personero Distrital de Bogotá y los demás personeros distritales y municipales sino de la que indirectamente se genera para la administración municipal y para los habitantes de los demás municipalidades del país diferentes del Distrito capital de Bogotá, agobiados igualmente por el flagelo de la corrupción.

No pudiendo identificarse entonces una finalidad legítima a la luz de la Constitución para establecer esta diferencia de trato la Corte declarará la inexequibilidad de las expresiones "*Distrital de Bogota*" y "*Distrital*", contenidas el artículo 160 de la Ley 734 de 2002 y así lo señalará en la parte resolutiva de esta sentencia.

4.3. El análisis de los cargos planteados en contra de las expresiones "y se surtirá con el primero que se presente" y "el procesado" contenidas en el artículo 160 de la Ley 734 de 2002

Para el actor las expresiones "y se surtirá con el primero que se presente" y "el procesado", contenidas en el segundo y tercer inciso del artículo 165 de la Ley 734 de 2002 vulneran el debido proceso (art.29 C.P.) en cuanto establecerían un tratamiento diferenciado entre imputado y defensor en relación con la notificación personal del pliego de cargos en el proceso disciplinario.

Al respecto la Corte debe señalar que como se desprende de la simple lectura del texto del artículo 165 del que hacen parte las expresiones acusadas contrariamente a lo afirmado por el demandante, en la norma no se establece un tratamiento diferenciado para el imputado y el defensor.

Dice la norma:

*Artículo 165. Notificación del pliego de cargos y oportunidad de variación. El pliego de cargos se notificará personalmente al procesado o a su apoderado si lo tuviere.*

*Para el efecto inmediatamente se librará comunicación y se surtirá con el primero que se presente.*

*Si dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación no se ha presentado el procesado o su defensor, si lo tuviere, se procederá a designar defensor de oficio con quien se surtirá la notificación personal.*

*El pliego de cargos podrá ser variado luego de concluida la práctica de pruebas y hasta antes del fallo de primera o única instancia, por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente. La variación se notificará en la misma forma del pliego de cargos y de ser necesario<sup>79</sup> se otorgará un término prudencial para solicitar y practicar otras pruebas, el cual no podrá exceder la mitad del fijado para la actuación original.*" (Se resaltan las expresiones acusadas)

En este sentido la norma señala que el pliego de cargos podrá notificarse personalmente al procesado o a su apoderado si lo tuviere y que ésta se surtirá con el primero que se presente.

Si ninguno de los dos dentro de los cinco días siguientes ha sido notificado, se procederá a designar defensor de oficio con quien se surtirá la notificación personal.

Es decir que la norma claramente da un tratamiento igualitario al procesado y al defensor, de manera que no se aprecia como las expresiones acusadas pueden vulnerar el debido proceso por las circunstancias que aduce la demanda.

Así las cosas la Corte rechazarán el cargo planteado por el actor en este sentido y declarará la exequibilidad de las expresiones acusadas en lo que a dicho cargo se refiere.

## VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE

Primer.- ESTAR A LO RESUELTO en la sentencia C-948/02 en la que se declaró la inexequibilidad de las expresiones "La Procuraduría General de la Nación y" y "a prevención" contenidas en el tercer inciso del artículo 3 de la Ley 734 de 2002.

Segundo.- ESTAR A LO RESUELTO en la sentencia C-948/02 en la que se declaró la exequibilidad de la expresión "que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las Universidades reconocidas legalmente" contenida en el artículo 17 de la Ley 734 de 2002.

Tercero. - ESTAR A LO RESUELTO en la sentencia C-948/02 en la que se declaró la exequibilidad de la expresión "pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente" contenida en el primer inciso del artículo 46 de la Ley 734 de 2002 bajo el entendido que se aplica exclusivamente cuando la falta sea la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado, conforme a lo dispuesto en el inciso final del Artículo 122 de la Constitución Política.

Cuarto.- Declarar EXEQUIBLE la expresión "que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales" contenida en el primer inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002.

Quinto.- Declarar la EXEQUIBILIDAD de la expresión "presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política" contenida en el primer inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, bajo el entendido de que el particular que preste un servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y éstas sean asignadas explícitamente por el Legislador.

Sexto.- ESTAR A LO RESUELTO en la sentencia C-1076/02 en la que se declaró la exequibilidad de la expresión "Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva." contenida en el segundo inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 bajo el entendido que la falta le fuere imputable por el incumplimiento de los deberes funcionales.

Séptimo.- ESTAR A LO RESUELTO en la sentencia C-1076/02 en la que se declaró la exequibilidad de la expresión "Los estudiantes de los Consultorios Jurídicos, podrán actuar como defensores de oficio en los procesos disciplinarios, según los términos previstos en la ley 583 de 2000." contenida en el artículo 93 de la Ley 734 de 2002.

Octavo.- ESTAR A LO RESUELTO en la sentencia C-1076/02 en la que en relación con la expresión "para proferir fallo" contenida en el numeral 1º del artículo 143 de la Ley 734 de 2002 la Corporación se estuvo a su vez a lo resuelto en la Sentencia C-181/02 que declaró exequible la misma expresión contenida en el numeral 1 del artículo 131 de la Ley 200 de 1995.

Noveno.- Declarar la INEXEQUIBILIDAD de las expresiones "Distrital de Bogotá" y "Distrital" contenidas en el artículo 160 de la Ley 734 de 2002.

Décimo.- Declarar la EXEQUIBILIDAD de las expresiones "y se surtirá con el primero que se presente" y "el procesado" contenidas en los incisos segundo y tercero del artículo 165 de la Ley 734 de 2002, exclusivamente por el cargo planteado en la demanda.

Undécimo.- ESTAR A LO RESUELTO en la sentencia C-1076/02 en la que se declaró la exequibilidad de la expresión "las demás notificaciones se harán por estado" contenida en el cuarto inciso del artículo 165 de la Ley 734 de 2002.

Duodécimo.- ESTAR A LO RESUELTO en la sentencia C-1076/02 en la que se declaró la exequibilidad del quinto inciso del artículo 165 de la Ley 734 de 2002 con excepción de la expresión "de ser necesario", que fue declarada inexequible en dicha sentencia.

Notifíquese, Comuníquese, Cúmplase, Publíquese, Insértese En La Gaceta De La Corte Constitucional Y Archívese El Expediente

EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que los H. Magistrados doctores EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, no firman la presente sentencia por cuanto les fue aceptado impedimento para intervenir en la presente decisión.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor RODRIGO ESCOBAR GIL, no firma la presente sentencia por encontrarse con permiso debidamente autorizado por la Sala Plena.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

#### NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Los estudiantes de derecho adscritos a un Consultorio Jurídico pueden actuar en los procesos penales de que conocen los jueces municipales y los fiscales delegados ante éstos, así como las autoridades de policía, en condición de apoderados de los implicados.

2 Artículo 48 de la Ley 734 de 2002. Faltas Gravísimas. 1) Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

3 Respaldar su argumento con la cita de algunos apartes que señalan pertenecen a la Sentencia C-627 de 1997.

4 Sentencia C-977/02 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

5 Artículo 165. Notificación del pliego de cargos y oportunidad de variación. El pliego de cargos se notificará personalmente al procesado o a su apoderado si lo tuviere.

Para el efecto inmediatamente se librará comunicación y se surtirá con el primero que se presente.

Si dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación no se ha presentado el procesado o su defensor, si lo tuviere, se procederá a designar defensor de oficio con quien se surtirá la notificación personal.

Las restantes notificaciones se surtirán por estado.

El pliego de cargos podrá ser variado luego de concluida la práctica de pruebas y hasta antes del fallo de primera o única instancia, por error en la calificación jurídica o por prueba sobreviniente. La variación se notificará en la misma forma del pliego de cargos y de ser necesario se otorgará un término prudente para solicitar y practicar otras pruebas, el cual no podrá exceder la mitad del fijado para la actuación original."

6 El actor cita un texto que dice corresponde a la sentencia C-627 de 1997, la cual sin embargo no existe, pues dicha numeración corresponde a la Sentencia T-627/97 M.P. Hernando Herrera Vergara. La cita hecha por el actor corresponde en realidad a la Sentencia C-627/96 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

7 "Artículo 29.- SANCIÓN PRINCIPALES. Los servidores públicos estarán sujetos a las siguientes sanciones principales:

(...)

2. Multa con destino a la entidad correspondiente, hasta el equivalente de noventa (90) días de salarios devengado en el momento de la comisión de la falta. En los casos que se haya decretado la suspensión provisional la multa será pagada con el producto de los descuentos que se le hayan hecho al disciplinado.

(...)

5. Suspensión del contrato de trabajo o de prestación de servicios personales, hasta por noventa (90) días.

6. Terminación del contrato de trabajo o de prestación de servicios personales.

(...)

9. Pérdida de la investidura para los miembros de las corporaciones públicas, de conformidad con las normas de la Constitución y la ley que la regule."

8 "Artículo 32.- LÍMITE DE LAS SANCIONES. Las faltas leves dan lugar a la aplicación de las sanciones de amonestación escrita con anotación en la hoja de vida o multa hasta 10 días del salario devengado en el momento de cometer la falta, con la correspondiente indexación.

Las faltas graves se sancionan con multa entre once (11) y noventa (90) días del salario devengado al tiempo de cometerlas, suspensión en el cargo hasta por el mismo término o de prestación de servicios hasta por tres (3) meses, teniendo en cuenta los criterios señalados en el artículo 27 de esta ley.

Las faltas gravísimas serán sancionadas con terminación del contrato de trabajo o de prestación de servicios personales, destitución, desvinculación, remoción o pérdida de investidura."

9 Ver Sentencia C-233/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

10 La puesta en evidencia de los intereses colectivos, dentro de los cuales se incluye la moralidad pública como uno de los derechos a proteger se inscribe igualmente en este sentido.

11 Ibidem Sentencia C-233/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis

12 Ver Gaceta Constitucional lunes 22 de abril de 191. Informe Ponencia Mecanismos de protección del orden jurídico y de los particulares.

13 "Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

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

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

14 Sentencia C-286/96 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

15 Sentencia C-020 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

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

17 Sentencia C-866/99 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. S.V. Antonio Barrera Carbonell , Alfredo Beltrán Sierra y José Gregorio Hernández Galindo.

18 Ver Sentencia C- 543/2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis

19 Al respecto Ver por ejemplo la sentencia C-308 de 1994, en la que se analizó el caso de los recursos confiados a la Federación Nacional de Cafeteros. Así mismo ver la Sentencia C-543/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis

20 Sentencia C-866 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

21 Sentencias C- 702 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz y C-866 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

22 Sentencia C-091 de 1997 M.P. Dr. Jorge Arango Mejía

23 Sentencia C-866 de 1991. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

24 Entre otras, ver sentencias C-372 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-506 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz, C-316 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell , y C- 671 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Esta última declarando la exequibilidad del artículo 96 de la ley 489 de 1998.

25 Ver Sentencias C-286/96 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y C-181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra .

26 Ver Sentencia C-563/98 M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

27 Sentencia C-866/99 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. S.V. Antonio Barrera Carbonell, Alfredo Beltrán Sierra y José Gregorio Hernández Galindo.

28 Ibidem Sentencia C-866/99 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. S.V. Antonio Barrera Carbonell , Alfredo Beltrán Sierra y José Gregorio Hernández Galindo.

29 Ver Sentencias C-543/01 y C-233/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

30 Sobre estas precisiones ver las Sentencias C- 563/98 M.P. Antonio Barera Carbonell y Carlos Gaviria Diaz , así como C-543/01 y C-233 /02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

31 Ver Sentencia C-089/94 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

32 Corte Constitucional. Sentencia C-214/94. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

33 Sentencia C-417/93. MP José Gregorio Hernández Galindo. Consideración de la Corte No 3.

34 Sentencia C-280/96 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

35 Sentencia C-286/96 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

36 Ibidem Sentencia C-286/96 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

37 Ver Sentencia C-563/98 M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

38 Sentencia C- 181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

39 ARTICULO 118. El Ministerio Público será 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. 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.

ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

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

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

ARTICULO 124. La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.

ARTICULO 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

(...)

5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.

6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley.

ARTICULO 256. Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones:

(...)

3. Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley.

40 Ver Sentencia C-948/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis S.V. Magistrado Jaime Araujo Rentería

41 ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

42 Artículo 113 Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

43 Ver Sentencia C-563/98 M.P. Carlos Gaviria Díaz y Antonio Barrera Carbonell.

44 Cabe precisar que en el caso de los notarios y registradores ellos se ven atribuido el ejercicio de funciones públicas, relativas al cumplimiento de la función fedante y al manejo del registro público. Ver sobre la función notarial y su interpretación constitucional las Sentencias C-741/98 Y C-399/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

45 ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...)

22. Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos. (...)

46 Ver Sentencia C- 915/02 M.P. Álvaro Taur Galvis.

47 Ver Sentencia C- 616/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil

48 Ver sentencia C-815/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil

49 Así por ejemplo en relación con el servicio público se seguridad social en salud ha precisado la Corte lo siguiente "Ahora bien, si el legislador decide mantener el modelo de concurrencia de empresas públicas y privadas en la prestación de un servicio público como el de salud, pero lo interviene y regula a fin de obtener objetivos constitucionales, ¿cuál es el límite de esta intervención? ¿hasta dónde puede llegar la imposición de restricciones y controles? Como se dijo arriba, esa intervención no puede ser tan intensa que en realidad llegue eliminar radicalmente el esquema de mercado libre que mantiene la ley (pues si lo elimina cae en el extremo de estatización de la actividad que impone indemnización a los particulares que lícitamente la ejercían), por lo cual debe respetar ciertos límites que, con base en la Constitución, han sido señalados por esta Corporación. Estos límites, como se recuerda, indican: i) que tal intervención sólo puede adelantarse mediante ley; ii) que no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) que debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación; iv) que debe obedecer al principio de solidaridad; y, v) que debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad."Sentencia C-615/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

50 Ver Juan Alfonso Santamaría Pastor Principios de Derecho Administrativo, Volumen II, segunda edición, C.E. Ramon Areces, Madrid, 2000, Pág 301 y ss.

51 Sobre las potestades que reflejan el imperium estatal ver Juan Carlos Cassagne Derecho Administrativo, quinta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994 , Págs. 17 y ss

52 Ver en particular Gaspar Arriño Ortiz, Principios de Derecho Público Económico, Fundación de Estudios de Regulación, Editorial Comares, segunda edición, Granada, 2001, Págs. 487-614; Juan Alfonso Santamaría Pastor, Principios de Derecho Administrativo, Volumen II, segunda edición, C.E. Ramon Areces, Madrid, 2000, Págs. 299-340; Juan Carlos Cassagne Derecho Administrativo, quinta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994 , Págs. 416-444.

53 Sobre la noción de servicio público y su evolución reciente en el derecho francés en el que tuvo origen ver Pierre Espulgas, *Le service public, 2e édition*, Dalloz, París, 2002. Ver igualmente Jacques Chevallier, *Le service public, Que sais-je*, PUF, 3e édition, París 1994 y Jean Paul Valette « *Le service public à la française* », Ellipses., París, 2000.

54 Ver las sentencias C-563/98 M.P. Antonio Barrera Carbonel y Carlos Gaviria Díaz y C-181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra citadas precedentemente en esta providencia.

55 Ver Sentencia C- 915/02 M.P. Álvaro Taur Galvis.

56 Sobre las características y límites del régimen de autonomía universitaria Ver entre otras las sentencias T870/00 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-974/99 y T-460/02 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

57 De acuerdo con el artículo 33 de la Ley 142 de 1994 "quienes presten servicios públicos tienen los mismos derechos y prerrogativas que esta ley u otras anteriores, confieren para el uso del espacio público, para la ocupación temporal de inmuebles, y para promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio; pero estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la legalidad de sus actos y a responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos"

58 Ver Sentencia C-089a/ 94 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, así como las sentencias C-543/01 y C-233 /02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

59 Ver al respecto entre otras, la Sentencia T-540/92 del 5 de junio de 1992. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

60 Al respecto se pueden consultar las ponencias presentadas por los delegatarios Eduardo Verano de la Rosa, Carlos Lemos Simmondss, Carlos Ossa Escobar, Rafael Ignacio Molina Giraldo, Antonio Yepes Parra, Rodrigo Lloreda Caicedo y Oscar Hoyos Naranjo, respecto del régimen de servicios públicos y la finalidad social del Estado (Gacetas Constitucionales 51, páginas 17-18, y 53, páginas 2-6).

61 Ver Sentencia C- 815/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil

62 *"Artículo 29.- SANCIIONES PRINCIPALES. Los servidores públicos estarán sometidos a las siguientes sanciones principales:*

(...)

2. *Multa con destino a la entidad correspondiente, hasta el equivalente de noventa (90) días de salarios devengado en el momento de la comisión de la falta. En los casos que se haya decretado la suspensión provisional la multa será pagada con el producto de los descuentos que se le hayan hecho al disciplinado.*

(...)

5. *Suspensión del contrato de trabajo o de prestación de servicios personales, hasta por noventa (90) días.*

6. *Terminación del contrato de trabajo o de prestación de servicios personales.*

(...)

9. *Pérdida de la investidura para los miembros de las corporaciones públicas, de conformidad con las normas de la Constitución y la ley que la regule."*

63 *"Artículo 32.- LÍMITE DE LAS SANCIONES. Las faltas leves dan lugar a la aplicación de las sanciones de amonestación escrita con anotación en la hoja de vida o multa hasta 10 días del salario devengado en el momento de cometer la falta, con la correspondiente indexación.*

*Las faltas graves se sancionan con multa entre once (11) y noventa (90) días del salario devengado al tiempo de cometerlas, suspensión en el cargo hasta por el mismo término o de prestación de servicios hasta por tres (3) meses, teniendo en cuenta los criterios señalados en el artículo 27 de esta ley.*

*Las faltas gravísimas serán sancionadas con terminación del contrato de trabajo o de prestación de servicios personales, destitución, desvinculación, remoción o pérdida de investidura."*

64 Ver entre otras las sentencias C-427 de 1996. MP: Alejandro Martínez Caballero, donde la Corte señaló que el fenómeno de la cosa juzgada material se da cuando se trata, no de una norma cuyo texto normativo es exactamente igual, es decir, formalmente igual, sino cuando los contenidos normativos son iguales.

65 ver Sentencia C-228/02 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa Y Eduardo Montealegre Lynett. A.V. Jaime Araujo Rentería.

66 Ibidem ver Sentencia C-228/02 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa Y Eduardo Montealegre Lynett. A.V. Jaime Araujo Rentería.

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

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

En las circunstancias descritas, el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones.

Sin embargo, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público (...)"Sentencia C- 543/98 M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz

68 El Decreto 222 de 1983 que retoma de manera casi idéntica el contenido de los artículos 96 a 99 del Decreto 150 de 1976 señalaba al respecto los siguiente:

**ARTICULO 120. De las calidades del interventor. La entidad contratante verificará la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades de los contratistas por medio de un interventor, que podrá ser funcionario suyo.**

También se podrá contratar la interventoría con personas naturales o jurídicas especializadas que posean experiencia en la materia y que estén registradas, clasificadas y calificadas como tales.

*En los contratos de obras el funcionario público que ejerza la interventoría o la persona que el contratista coloque al frente de la obra, deberá ser ingeniero o arquitecto matriculado, con experiencia profesional no menor de 3 años.*

**ARTICULO 121. De las atribuciones del interventor. En todo contrato se detallarán las funciones que corresponden al interventor. Dentro de sus facultades está la de revisar los libros de contabilidad, si así se hubiere convenido en el contrato, y la de exigir al constructor la información que considere necesaria.**

**ARTICULO 122. De las personas con quienes no puede contratarse la interventoría. La interventoría no podrá contratarse con el autor del proyecto o diseño correspondientes, a menos que así lo exigiere la complejidad técnica de la obra, según calificación escrita, hecha por la entidad contratante. Tampoco podrá contratarse la interventoría con las personas cuyo proyecto o diseño no se hubiere aceptado ni con quien hubiere quedado en segundo lugar en la licitación pública o privada que precedió a la obra objeto de la interventoría.**

**ARTICULO 123. De la responsabilidad del interventor. Además de las sanciones penales a que hubiere lugar, la sociedad o persona natural que ejerciere una interventoría será civilmente responsable de los perjuicios originados en el mal desempeño de sus funciones, sin que ello exima de la responsabilidad que por el mismo concepto pueda corresponder al contratista.**

69 Ver Sentencia C-543/98 M.P.. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz

70 En efecto, el artículo inicialmente propuesto en el proyecto de ley mencionada el sujeto pasivo de la medida provisional: ""Artículo 166. Prejudicialidad disciplinaria en actuaciones administrativas. Cuando la Procuraduría General de la Nación adelante diligencias disciplinarias por las faltas a que se refiere el artículo 48, numerales 30, 31, 32, 33, 34 y 35 de este código, el Procurador General de la Nación podrá solicitar de la respectiva autoridad administrativa la suspensión de la actuación propia de la licitación, del concurso público o de la formalización de la contratación directa ...", Gaceta del Congreso N° 31 de febrero 7 de 2001, pág. 24.

71 Sentencia C-977/02 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

72 Reza el numeral 2 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000: "ARTÍCULO 7<sup>o</sup>. Funciones. El Procurador General de la Nación cumple las siguientes funciones: ... || 2. Formular las políticas generales y criterios de intervención del Ministerio Público en materia de control disciplinario, vigilancia superior con fines preventivos, actuación ante las autoridades administrativas y judiciales y centros de conciliación, y promoción, protección y defensa de los derechos humanos." (Se subraya)

73 Ibidem Sentencia C-977/02 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

74 Vid. T-02 de 1992 y T-230 de 1994, entre muchas otras.

75 Ver, entre muchas otras la sentencia C-530 de 1993

76 Con base en él, el trato diferenciado para que se pueda considerar constitucionalmente legítimo, debe reunir las siguientes condiciones i.) supuestos de hecho diversos, ii.) finalidad en la diferencia de trato, iii.) legitimidad o validez constitucional en la finalidad propuesta, iv.) que los supuestos de hecho diversos, la finalidad perseguida y el trato desigual otorgado guarden una coherencia o eficacia interna, es decir una racionalidad entre ellos y v.) que el trato desigual sea proporcionado (evidencie una relación de adecuación) con los supuestos de hecho diversos y la finalidad pretendida. *Vid.* Sentencias C-530 de 1993, T- 230 de 1994, C-318 y C-445 de 1995, entre otras.

77 Sobre ese tema puede encontrarse un completo recuento en la sentencia C-093 de 2001.

78Artículo 2º. Titularidad de la acción disciplinaria. 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.

El titular de la acción disciplinaria en los eventos de los funcionarios judiciales, es la jurisdicción disciplinaria.

La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta.

Artículo 3º. Poder disciplinario preferente. 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.

El Consejo Superior de la Judicatura es competente para conocer, hasta la terminación del proceso, de las faltas atribuidas a los funcionarios de la rama judicial, salvo los que tengan fuero constitucional. (sentencia C-948/02)

Las personerías municipales y distritales tendrán frente a la administración poder disciplinario preferente. (subrayas fuera de texto)

79 El texto señalado fue declarado inexequible en la Sentencia C-1076/02 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

---

**Fecha y hora de creación: 2026-02-02 01:43:12**