| Cuando una persona jurídica de derecho privado es sujeto obligado de la Ley de Transparencia y Acceso a Información. | |
| --- | --- |
| País e institución representada | **Secretaría de Transparencia, Colombia** |
| Breve Descripción | * **¿Quiénes son considerados sujetos obligados en la legislación de acceso a información pública de su país?**   Conforme al artículo 5 Ley 1712 de 2014, Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a Información Pública, son considerados sujetos obligados:  *“Las disposiciones de esta ley serán aplicables a las siguientes personas en calidad de sujetos obligados:*  *a) Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital.*  *b) Los órganos, organismos y entidades estatales independientes o autónomos y de control.*  *c) Las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, que presten función pública, que presten servicios públicos respecto de la información directamente relacionada con la prestación del servicio público.*  *d) Cualquier persona natural, jurídica o dependencia de persona jurídica que desempeñe función pública o de autoridad pública, respecto de la información directamente relacionada con el desempeño de su función.*  *e) Las empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y sociedades en que este tenga participación.*  *f) Los partidos o movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos.*  *g) Las entidades que administren instituciones parafiscales, fondos o recursos de naturaleza u origen público.*  *Las personas naturales o jurídicas que reciban o intermedien fondos o beneficios públicos territoriales y nacionales y no cumplan ninguno de los otros requisitos para ser considerados sujetos obligados, solo deberán cumplir con la presente ley respecto de aquella información que se produzca en relación con fondos públicos que reciban o intermedien.*  *PARÁGRAFO 1o. No serán sujetos obligados aquellas personas naturales o jurídicas de carácter privado.*   * **¿Qué se entiende por acto de autoridad (ejercicio de la función pública) en su legislación nacional?**   **Nociones de Función Pública y Servicio Público**  Para el presente debate, es pertinente explicar las nociones de función pública y servicio público las cuales en el ordenamiento jurídico colombiano son importantes al momento de delegar funciones y atribuir obligaciones a particulares.  El fundamento Constitucional de la **“función pública**” se encuentra consagrado en el capítulo 2 del Título V de la Constitución Política de Colombia en sus artículos 122 y 123 en los siguientes términos:  “*Artículo 122:“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (…).*  *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.”*  Dando alcance a estos postulados constitucionales, la Corte Constitucional órgano garante y de interpretación de normas de la Carta Política, manifestó en sentencia C-037 de 2003 que:  “*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*  (…)  “*“función pública” atañe 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.”*    Por su parte, el Consejo de Estado, Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Colombia, manifestó en sentencia de 18 de noviembre de 1999 que la “*La Función Pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines.”[[1]](#footnote-1)*  Ahora bien, respecto del concepto de **servicio público** es pertinente traer a colación el inciso 1 del artículo 365 de la Constitución Política de Colombia:  *“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.*  *El Servicio público es una actividad que desarrolla la Administración, en forma directa o delegada, con el objeto de satisfacer las necesidades de los administrados, esto es: el interés general.”*  Frente a este concepto el Consejo de Estado en la providencia del año 1999 previamente citada manifestó que “*El Servicio público es una actividad que desarrolla la Administración, en forma directa o delegada, con el objeto de satisfacer las necesidades de los administrados, esto es: el interés general.”*  Partiendo de estos dos preceptos, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han indicado que es necesario hacer distinción ya que prestar un servicio público no necesariamente implica tener función pública. En este sentido, la Corte Constitucional indicó en su sentencia C 037 de 2003:  “*El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. 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.” [[2]](#footnote-2)(…)*  En cuanto al Consejo de Estado por su parte manifestó que:  *“En efecto, función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares; pero, ‘es de señalar que la función pública significa una actividad de Estado que no puede jamás concebirse como análoga a la de un particular, aun cuando se tratara de una empresa’; por manera que no resulta acertado deducir que toda prestación de un servicio público comporta el ejercicio de función pública, aunque, en ocasiones, bien puede existir coincidencia entre el ejercicio de ésta y la prestación de aquél (…)”[[3]](#footnote-3)*     * **¿En su país existen personas privadas (ya sea físicas o jurídicas) que desarrollen funciones públicas, o bien, ejerzan por delegación o mandato legal, funciones de autoridad? (Tal es el caso de notarios públicos o concesionarios de servicios públicos -recolección de basura, suministro de agua, etc.-) De ser el caso, favor de proporcionar ejemplos al caso concreto.**   En efecto, la Constitución Política de Colombia prevé que las personas naturales (físicas) o jurídicas desarrollen funciones públicas.  Respecto a la función pública, el artículo 123 en su inciso 2 previamente citado, es posible que particulares desempeñen funciones públicas para los casos en los que la Constitución Política o la Ley lo establezcan.  En los mismos términos, el artículo 210 inciso 2 los particulares pueden cumplir funciones administrativas conforme a la Ley 489 de 1998 que regula la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional. En el Capítulo XVI de la referenciada se establecen las condiciones para el ejercicio de dichas funciones por particulares.  **Artículo 110.** Las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por particulares  Artículo 111.Requisitos y procedimientos de los actos administrativos y convenios para conferir funciones administrativas a particulares  **Artículo 112.** Régimen jurídico de los actos y contratos  **Artículo 113.-** Inhabilidades e incompatibilidades.  **Artículo 114.-** Control sobre las funciones.  Bajo este precepto, particulares que prestan función administrativa son[[4]](#footnote-4):   * Cámaras de Comercio (Artículo 22 Ley 80 de 1993, por medio de estudio hecho por la Corte Constitucional en sentencia C-166 de 1995) * Los tribunales de ética profesional y los colegios profesionales (según el artículo 26 de la Constitución Política) * Jurados en las causas criminales (estos todavía no han sido habilitados legalmente), a los conciliadores y a los árbitros. (Artículo 116 de la Constitución Política) * Auxiliares de Justicia (Son oficios públicos ocasionales que deben ser desempeñados por personas idóneas, imparciales, de conducta intachable y excelente reputación) (Artículo 47 Código General del Proceso) * Curadores Urbanos (Particular que ejerce función pública de estudiar, tramitar y expedir licencias urbanísticas a petición del interesado en adelantar esos proyectos.) (Decreto 2150 de 1995) * Jueces de Paz (Son particulares que administran justicia en equidad, de acuerdo a lo establecido en la Ley y la Constitución) (artículo 14 Ley 497 de 1999) * Personas encargadas del recaudo de los dineros públicos (según la sentencia C-099 de 2003 de la Corte Constitucional de Colombia – Decreto 624 de 1989 artículo 800) * Consultores, contratistas, interventores y asesores en la contratación estatal (Artículo 52 y 56 Ley 80 de 1993; Sentencia C-037 de 2003) * Contratista que reciba dineros en calidad de anticipo (Artículo 40 Ley 80 de 1993)   Ahora bien, frente a particulares que presten servicios públicos, el artículo 366 de la Constitución Política establece que dentro de los propósitos de la actividad del Estado se encuentra la solución de necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. De esta manera, encontramos un catálogo determinado de servicios públicos en la Constitución Política que pueden ser prestados por particulares:   * La seguridad Social (Artículo 48) * La salud y el saneamiento ambiental (Artículo 49) * La educación (artículo 67) * Notarios y empelados de las notarías (Artículo 131 de la Constitución Política) * ¿**En su país las personas físicas o jurídicas (privadas) pueden llegar a ejercer recursos públicos? En caso afirmativo, favor de proporcionar ejemplos al caso concreto (programas sociales o de beneficencia pública).**   En el marco de los artículos 123 y 210 de la Constitución Política previamente enunciados, es factible atribuir funciones administrativas relativas a la administración de recursos públicos, facultad regulada a través de la Ley 489 de 1998 en sus artículos 110 a 114. La sentencia C- 543 de 2001 ha indicado que:  *“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.”*  Debido a esto factible y en aras de dar consecución a los fines del Estado, que los particulares puedan administrar recursos públicos para prestar servicios públicos en pro de la satisfacción de las necesidades básicas como lo es el servicio de salud, de educación, de saneamiento ambiental, de agua potable y seguridad social como vimos previamente.   * **¿Cómo se monitorea y vigila la actuación y manejo de recursos públicos de estas personas físicas o jurídicas del ámbito privado que ejercen dichos recursos o realizan actos de autoridad?**   Respecto del control a particulares que prestan una función pública, la legislación colombiana prevé el ***control disciplinario*** conforme a lo establecido en el Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, en su artículo 53:  *“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*](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125#366) *de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.”*  Respecto del asunto la sentencia C- 037 de 2003 indicó que los particulares pueden ser objeto de sanciones disciplinarias cuando presenten servicios públicos:  *“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.”*  Ahora bien, frente a quienes administren recursos públicos se realizará un ***Control Fiscal*** por parte de la Contraloría General de la República teniendo en cuenta el artículo 267 de la Constitución Política, el cual predica que:  “El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.  Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.  (…)” |
| Consideraciones Generales (Relevancia del tema) | ¿Cómo se podría fortalecer la rendición de cuentas y la transparencia en su país, mediante la regulación de personas jurídicas y físicas que ejerzan recursos públicos o realicen actos de autoridad?  Existe en Colombia una política pública amplia en materia de rendición de cuentas, y gracias a la Ley 1712 de 2014 reforzó el alcance a las personas jurídicas de derecho privado. No obstante, las organizaciones del sector privado lo asimilan como una práctica voluntaria y no obligatoria y de esta manera en ocasiones rinden cuentas de los criterios que consideran pertinentes y no bajo la totalidad de los criterios que exige política pública en la materia.  La sociedad cada vez más exige desde la perspectiva de la ética empresarial, una rendición de cuentas de sus acciones, como elemento fundamental del entramado social que a su vez tiene derechos, pero también deberes. En ese sentido, el sector privado debe trasparentar la información a través de la rendición de cuentas, que permita conocer como es el comportamiento de la organización frente a sus grupos de interés, si está tomando las acciones necesarias, para mitigar prácticas corruptas como lo son el soborno, financiación de grupos al margen de la Ley, la regulación de dineros provenientes de actividades ilegales, acciones que no vayan en contra del medio ambiente o la violación de derechos humanos. |
| Consideraciones  (Posición sobre el tema) |  |
| Áreas de oportunidad  (¿Qué hace falta para mejorar el derecho de acceso en el tema a discusión? – Nuevos Retos) | **RETOS**   * En la actualidad se requiere robustecer la labor de sensibilización en materia de apropiación del derecho de Acceso a la Información como derecho fundamental, no solo por la condición de sujeto obligado de la Ley 1712 de 2014, en las persona jurídicas de derecho privado (empresas privadas), sino desde una perspectiva de buenas prácticas empresariales que propenden por la trasparencia, integridad y prevención de la corrupción. * Las distintos órganos de control y la PGN (órgano garante de la Ley 1712 de 2014), debe robustecer los mecanismos de control y vigilancia al cumplimiento del derecho de acceso a la información en el sector privado. * Asegurar que otras leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas, como el derecho mercantil, no restrinjan sino que propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas, de acuerdo a los principios rectores de derechos humanos y empresas de naciones Unidas. Lo anterior, bajo el entendido que la vulneración del derecho de acceso a la información, impacta en la violación de otros derechos humanos, dado su carácter instrumental (derecho llave de otros derechos). |
| Precedentes o criterios  (Cómo se ha resuelto el tema en su país o Institución) | Frente a las personas naturales y jurídicas que presenten un servicio público, función pública o administren recursos públicos, dada cuenta el rango estatutario de la Ley de Transparencia y Acceso a Información Pública, en la cual se indica que éstos son sujetos obligados de ésta, la Corte Constitucional de Colombia en sentencia C 274 de 2013 analizó la constitucionalidad sobre este tipo de sujetos obligados.  Siendo así, ha manifestado que estos sujetos obligados deben cumplir con la Ley de Transparencia respecto de las funciones públicas que ejercen o el servicio público que presten. En este caso, cualquier tipo de información referente a su actuar como sujeto privado no es susceptible de ser público para los casos en los cuáles exista información pública clasificada e información pública reservada (artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014)  Ahora bien, la Secretaría de Transparencia en el año 2017 para ejecutar el plan de inversión de la Presidencia de la República, realizó asistencia técnica a los sujetos obligados de la Ley 1712 de 2014 del sector descentralizado por servicios priorizados por la Secretaría.  En este caso, se prestó asistencia a las 10 Superintendencias de Colombia que cumplen con la función delegada por el Presidente de la República de realizar inspección, vigilancia y control en los términos del artículo 189 de la Constitución Política, las cuales son:   * Superintendencia de Industria y Comercio * Superintendencia de la Economía Solidaria * Superintendencia de Notariado y Registro * Superintendencia de Puertos y Transporte * Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios * Superintendencia de Sociedades * Superintendencia de Subsidio Familiar * Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada * Superintendencia Financiera de Colombia * Superintendencia Nacional de Salud   En el plan de acción concretado con las 10 Superintendencias se establecieron dentro de las actividades la identificación de lineamientos normativos y de política necesarios para la implementación de la ley con los vigilados de cada una de éstas.  Dentro de las actividades se encontraba: identificar indicadores para el seguimiento de la implementación de la ley en el sector descentralizado por servicios; identificación de acciones de medición, seguimiento y monitoreo a cada uno de éstos; y la identificación de mecanismos, herramientas o espacios de promoción y procesos de formación a vigilados. A través de este plan de acción, pretendía que a través de las Superintendencias (Como entes de inspección, vigilancia y control) se pudiera llegar a personas naturales y jurídicas que bajo los términos de la Ley 1712 de 2014 fueran sujetos obligados. |

1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez. 18 de noviembre de 1999 [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 037 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis; [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez. 18 de noviembre de 1999. [↑](#footnote-ref-3)
4. López. S. *La condición jurídica del particular que ejerce funciones públicas y su responsabilidad penal.* Revista Principio Iuris N°.21, 2014-I. ISSN 0124-2067. Año 2014 Pág. 132 [↑](#footnote-ref-4)