



Concepto 332581 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000332581

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000332581

Fecha: 24/07/2020 02:10:07 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Empleado público vinculado mediante nombramiento provisional para ser elegido por ser auxiliar de la justicia. RAD. 20202060310712 del 15 de julio de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si un funcionario público en provisionalidad puede hacer parte de la lista de auxiliares de la justicia de la Superintendencia de Sociedades, me permito manifestarle lo siguiente.

La Ley 1564 de 2012, "Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones", respecto a los auxiliares de la justicia, señala:

"ARTÍCULO 47. Naturaleza de los cargos.

Los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos ocasionales que deben ser desempeñados por personas idóneas, imparciales, de conducta intachable y excelente reputación. Para cada oficio se requerirá idoneidad y experiencia en la respectiva materia y, cuando fuere el caso, garantía de su responsabilidad y cumplimiento. Se exigirá al auxiliar de la justicia tener vigente la licencia, matrícula o tarjeta profesional expedida por el órgano competente que la ley disponga, según la profesión, arte o actividad necesarios en el asunto en que deba actuar, cuando fuere el caso.

Los honorarios respectivos constituyen una equitativa retribución del servicio y no podrán gravar en exceso a quienes acceden a la administración de justicia." (Se subraya).

De acuerdo con la definición legal, y como su nombre lo indica, los auxiliares de la justicia son aquellas personas naturales o jurídicas que colaboran para que los órganos encargados de la administración de justicia (jueces, tribunales, cortes y entidades de la rama ejecutiva con funciones jurisdiccionales) cuenten con criterios imparciales de personas idóneas, imparciales, de conducta intachable y excelente reputación.

Para la designación de las mismas, el Decreto 2130 de 2015, "Por el cual se modifican y adicionan normas en materia de la lista de auxiliares de la justicia de la Superintendencia de Sociedades al Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo número 1074 de 2015 y se dictan otras disposiciones", determina:

"ARTÍCULO 2.2.2.11.1.1. *Naturaleza de los cargos de promotor, liquidador e interventor.* Los promotores, liquidadores y agentes interventores son auxiliares de la justicia y su oficio es público, ocasional e indelegable. Estos cargos deben ser ejercidos por personas de conducta intachable, deben gozar de excelente reputación y ser idóneos para cumplir con su función, la cual deben desarrollar con imparcialidad e independencia.

Los promotores, liquidadores y agentes interventores se seleccionarán y designarán de la lista de auxiliares de la justicia elaborada y administrada por la Superintendencia de la Sociedades. Los honorarios respectivos constituyen la total y equitativa retribución del servicio y no podrán exceder los límites establecidos en el presente decreto y en la ley.

Los cargos de promotor, liquidador y agente interventor se designan en atención a la calidad de la persona. En consecuencia, el auxiliar no podrá delegar ni subcontratar sus funciones y no podrá ser sustituido en el cargo a menos que medie una orden del juez del concurso o del funcionario a cargo de la intervención. Sin embargo, el auxiliar de la justicia podrá contar con personal profesional o técnico de apoyo por cuyas acciones u omisiones responderá directamente.

(...)." (Se subraya).

Sobre el particular, la Sala De Consulta y Servicio Civil Consejo de Estado, Consejero ponente Enrique José Arboleda Perdomo, el 26 de noviembre de 2009, Radicación número: 11001-03-06-000-2009-00063-00(C), en pronunciamiento emitido sobre la solicitud de definición de competencias entre la Superintendencia de Sociedades - Grupo de Control Disciplinario y la Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá, señaló lo siguiente:

Sobre un caso similar la Sala se pronunció recientemente en auto del 22 de abril de 2009. Radicación N°. 11001-03-06-000-2009-00027-00. C.P. Luis Fernando Alvarez Jaramillo el cual prevé lo siguiente:

<<Los liquidadores designados por la Superintendencia de Sociedades en cumplimiento de las funciones jurisdiccionales, son particulares que como auxiliares de la justicia deben adelantar el proceso de liquidación de una entidad vigilada, razón por la cual, en cumplimiento de los dispuesto por los artículos 162 y siguientes de la ley 222 de 1995, dicha Superintendencia, en ejercicio de los poderes de control y vigilancia propios de los jueces de la República, tiene la facultad de velar porque el liquidador cumpla adecuada y diligentemente las funciones a su cargo, al punto de decretar su remoción, de oficio o a solicitud de parte, mediante el trámite señalado por el artículo 171 de la ley antes mencionada, cuando se compruebe que el liquidador no está cumpliendo de manera adecuada las funciones señaladas por el artículo 166 ibidem, teniendo en cuenta que dicha sanción sólo se inscribe en el respectivo registro mercantil, sin que le genere antecedentes disciplinarios.

Situación distinta se presenta cuando se trata de examinar, de acuerdo con las causales de comportamiento determinadas por el Código Disciplinario Único, la conducta del liquidador en cuanto se trata de un particular que está ejerciendo transitoriamente funciones públicas judiciales, pues en este caso la competencia para desarrollar el proceso disciplinario corresponde a la Procuraduría General de la Nación, según lo disponen los artículos 52 y siguientes de la ley 734 de 2002.

Lo expuesto permite a la Sala concluir que, dentro de la órbita de sus poderes como juez del proceso, la Superintendencia de Sociedades tiene competencia para adelantar el trámite correspondiente a la queja presentada contra el liquidador de la sociedad Aceros del Pacífico; lo que no obsta para que al mismo tiempo la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de sus facultades disciplinarias sobre particulares que ejercen funciones públicas, también investigue los hechos que dieron lugar a la queja instaurada por el señor Mario Bastidas Calvo; todo ello sin perjuicio de lo que en un momento determinado corresponda a la justicia penal.>>

De la misma manera, la Sala considera que los liquidadores son particulares que ejercen transitoriamente funciones públicas y como consecuencia de su ejercicio se pueden configurar violaciones a los deberes propios de los servidores públicos, lo que implica que son sujetos

disciplinables por la Procuraduría General de la Nación conforme a las previsiones de los artículos 53 y 75 del Código Disciplinario Único.” (Se subraya).

Como se aprecia, la norma y la jurisprudencia establecen que los auxiliares de la justicia de la lista que conforma la Supersociedades, son particulares que ejercen ocasionalmente funciones públicas.

Ahora bien, como lo indica la Constitución Nacional, todo empleo tiene detalladas sus funciones en la Ley o en el reglamento. Así, el servidor público no puede arrogarse funciones públicas que no le han sido asignadas por la Ley o el reglamento. Hacerlo, puede generarse investigaciones y sanciones disciplinarias. Así lo establece la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, que sobre el tema señala:

“ARTÍCULO 23. La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.

ARTÍCULO 27. Acción y omisión. Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones.

Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.

ARTÍCULO 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

(...)

Debe concluirse entonces que no es viable que un servidor público actúe simultáneamente como auxiliar de la justicia integrando las listas de la Superintendencia de Sociedades actividad que, según la Ley, debe ser ejercida por un particular. En estricto sentido, estaría desempeñando funciones públicas que no le fueron asignadas en razón a su cargo público.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que no es viable que un funcionario público en provisionalidad haga parte de la lista de auxiliares de la justicia de la Superintendencia de Sociedades por cuanto esta actividad la desarrollan, en virtud de la Ley y previo a demostrar las calidades exigidas, particulares que ocasionalmente, ejercen esta función pública. Adicionalmente, si el servidor público actúa como auxiliar de la justicia con base en las listas integradas por la Superintendencia de Sociedades, estará desarrollando funciones públicas que no corresponden a las de su cargo, excediendo las propias y, en tal virtud, podrá ser investigado y sancionado disciplinariamente.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestornormativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:35:42