

**SERVIDORES PÚBLICOS DE LA RAMA EJECUTIVA – Obligación de vinculación al Fondo Nacional del Ahorro / FONDO DE GARANTIAS DE ENTIDADES COOPERATIVAS FOGACOOB – Pertenencia a la Rama Ejecutiva del Poder Público. Carácter de servidores públicos de sus trabajadores. Obligación de sus trabajadores a vincularse al Fondo Nacional del Ahorro**

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público consulta a esta Sala si los empleados del Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas- FOGACOOB-, están obligados a vincularse al Fondo Nacional del Ahorro en virtud de lo establecido en la ley 432 de 1998. Los trabajadores de FOGACOOB, salvo en los cargos de dirección y confianza, no tienen una relación legal y reglamentaria, sino contractual y sujeta a las mismas reglas de los trabajadores particulares. Empero, como se ha visto, esa remisión al derecho privado no comporta la ruptura del nexo que los une con el Estado a través de FOGACOOB, ni los aleja de su condición general de servidores públicos. Siendo dicho fondo una entidad pública vinculada al sector hacienda, que cumple tareas propias del Estado y que funciona con patrimonio público, según quedó visto, lo consecuente es que sus trabajadores, a pesar de estar sometidos al derecho laboral privado, tengan la calidad de servidores públicos a que alude el artículo 123 de la Constitución Política, cuando se refiere en general a los empleados y trabajadores al servicio de las entidades del Estado y de sus entidades descentralizadas. Reitera la Sala que la facultad del legislador de crear formas especiales de vinculación al servicio de la Administración, que en ocasiones no responden a la clásica división de empleado público y trabajador oficial, no hace desaparecer per se el vínculo con el Estado y, por tanto, la condición más general de servidor público, como ocurre en el caso analizado. De esta manera, se cumple también el segundo elemento que establece la ley 432 de 1998 para la afiliación obligatoria de los trabajadores de FOGACOOB al Fondo Nacional del Ahorro.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 113 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 123 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 125 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150 NUMERAL 7 / LEY 432 DE 1998 - ARTICULO 5 / LEY 432 DE 1998 - ARTICULO 6 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 38 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 68 / DECRETO LEY 2206 DE 1998 - ARTICULO 1 / DECRETO LEY 2206 DE 1998 - ARTICULO 2 / DECRETO LEY 2206 DE 1998 - ARTICULO 4 / DECRETO LEY 2206 DE 1998 - ARTICULO 18 / DECRETO LEY 2206 DE 1998 - ARTICULO 23 / DECRETO LEY 2206 DE 1998 - ARTICULO 24

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**

**Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA**

Bogotá D.C., doce (12) de septiembre de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00416-00(2169)**

**Actor: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**

**Referencia:** Obligación de los servidores públicos de la rama ejecutiva de vincularse al Fondo Nacional del Ahorro. Aplicación a empleados de FOGACOOB.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público consulta a esta Sala si los empleados del Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas- FOGACCOOP-, están obligados a vincularse al Fondo Nacional del Ahorro en virtud de lo establecido en la ley 432 de 1998.

## I. ANTECEDENTES

1. El Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas- FOGACCOOP fue creado por el decreto ley 2206 de 1998 como una persona jurídica de naturaleza única, organizada como una entidad financiera vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

2. El artículo 24 del mismo decreto ley establece que salvo los funcionarios de dirección y confianza, los empleados de FOGACCOOP estarán vinculados mediante contrato de trabajo regulado por el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas aplicables a los trabajadores particulares.

3. De otra parte, el artículo 5 de la ley 432 de 1998 establece que los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional deben vincularse al Fondo Nacional del Ahorro, el cual estará encargado de la administración de sus cesantías.

4. En relación con los empleados de FOGACCOOP ha surgido la discusión de si deben o no vincularse obligatoriamente al Fondo Nacional del Ahorro, toda vez que por la naturaleza especial de la entidad y la aplicación del régimen laboral privado, podría considerarse que sus trabajadores no son “*servidores públicos*” de la rama ejecutiva del poder público a que alude la Ley 432 de 1998.

Conforme a lo anterior se consulta a la Sala “*si los empleados del Fondo son o no servidores públicos y, por tanto, si se encuentran obligados a estar afiliados al Fondo Nacional del Ahorro.*”

## II. CONSIDERACIONES

### 1. La obligación de vinculación al Fondo Nacional del Ahorro

Como lo señala la entidad consultante, el artículo 5 de la Ley 432 de 1998 establece expresamente que los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, están obligados a vincularse al Fondo Nacional del Ahorro:

*“Artículo 5o. Afiliación de servidores públicos. A partir de la vigencia de la presente ley **deben afiliarse** al Fondo Nacional de Ahorro los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional.*

(...)

*Podrán afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios...”*

Se puede observar entonces que el deber de vinculación al Fondo Nacional del Ahorro surge de dos elementos concurrentes: (i) tener la calidad de servidor

público; y (ii) estar vinculado a una entidad que forme parte de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional. Para los demás servidores del Estado, la afiliación a dicho Fondo es voluntaria.

Cabe recordar que esta disposición fue demandada ante la Corte Constitucional, con el argumento de que se desconocía la libertad de escogencia y el derecho de igualdad de los servidores públicos obligados a vincularse al Fondo Nacional del Ahorro, así como el derecho a la igualdad de los administradores privados de cesantías, quienes quedaban excluidos del mercado de funcionarios públicos que la ley le aseguraba a dicho Fondo. La Corte Constitucional declaró exequible la norma en cuestión, al considerar que la vinculación obligatoria para los servidores estatales allí señalados se basa en principios de solidaridad y protección y que la restricción impuesta se compensa con diversos beneficios a favor del afiliado:

*“Pero, la limitación del afiliado del Fondo Nacional de Ahorro para elegir la entidad que le administre sus cesantías, es un aparente sacrificio del individuo frente a la entidad, pues, esta aparente limitación, no sólo sería constitucional acudiendo a los principios mínimos de solidaridad que predica la Carta, en el sentido del deber de procurar el bienestar de aquellos que se encuentran en condiciones de desventaja, sino que para el vinculado al Fondo adquiere claros beneficios económicos. El principal de ellos radica en el derecho que adquiere de acceder a créditos de vivienda o educativos, en condiciones especialmente favorables, en términos económicos. Y, según los estudios técnicos que han realizado los expertos, ello sólo es posible en la medida en que exista un número mínimo de afiliados.*

*Acudiendo también a los principios de solidaridad y protección, se explica el otro factor de desigualdad, del que habla el demandante, en relación con la clientela cautiva, pues, como se vio, su número no es especialmente significativo, frente al total de afiliados que tienen los fondos privados.”*

Ahora bien, este deber de vinculación de ciertos empleados del Estado al Fondo Nacional del Ahorro lleva aparejada la obligación correlativa de las entidades estatales para las cuales prestan sus servicios, de liquidar y trasladar a dicho fondo las cesantías de tales empleados: Así lo señala el artículo 6 de la misma ley 432 de 1998:

*“Artículo 6o<sup>1</sup>. Transferencia de cesantías. Durante el transcurso del mes de febrero las entidades empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional del Ahorro el valor liquidado por concepto de cesantías, teniéndose en cuenta los dos últimos números de NIT para fijar fechas de pago.*

*Mensualmente, las entidades públicas empleadoras enviarán al Fondo Nacional de Ahorro una certificación que contenga el valor total de los factores salariales que constituyan base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior.*

*Los funcionarios competentes de las entidades públicas empleadoras, que sin justa causa no hagan oportunamente las consignaciones de los aportes mensuales o el envío de los reportes anuales de cesantías debidamente diligenciados, incurrirán en las faltas disciplinarias de conformidad con el régimen disciplinario vigente.*

---

<sup>1</sup> Según reforma hecha por el artículo 193 del Decreto 19 de 2012.

*En todas las entidades públicas será obligatorio incluir en sus presupuestos las partidas necesarias para atender las cesantías de la respectiva vigencia, como requisito indispensable para su presentación, trámite y aprobación por parte de la autoridad correspondiente...*"

El incumplimiento de esta obligación por parte de las entidades estatales que fungen como empleadoras de los servidores obligados a vincularse al Fondo Nacional del Ahorro, le permite a éste hacer requerimientos a sus representantes legales y cobrar ejecutivamente las sumas correspondientes, como lo señala el artículo 7 ibídem:

*"Artículo 7o. Acciones de cobro. Corresponde al Fondo Nacional de Ahorro adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones de las entidades empleadoras, en conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual el Fondo determine los valores adeudados, tendrá el carácter de título ejecutivo.*

*El Fondo podrá verificar la exactitud y oportunidad de las correspondientes transferencias de cesantías, para lo cual gozará de facultades de investigación y fiscalización en las entidades empleadoras, para tal efecto podrá:*

- a) Practicar visitas de inspección a las entidades;*
- b) Examinar nóminas, presupuestos, balances y libros de contabilidad; y*
- c) Hacer requerimientos a los representantes legales, jefes de personal y pagadores."*<sup>2</sup>

De manera que el carácter vinculante de la afiliación al Fondo Nacional del Ahorro de los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, se ve reforzada por la obligación de las propias entidades empleadoras de trasladar las cesantías a dicho Fondo, con consecuencias tanto patrimoniales como disciplinarias en caso de incumplimiento.

Visto lo anterior, pasa la Sala a revisar si respecto de los empleados del Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas –FOGACOO- se cumplen el requisito de estar vinculados a una entidad de la rama ejecutiva del poder público en calidad de servidores públicos, lo que haría obligatoria su afiliación al Fondo Nacional del Ahorro.

## **2. Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas –FOGACOO-**

---

<sup>2</sup> Exequible según Sentencia C-625 de 1998: "Al respecto, la Corte hace las siguientes observaciones: el aparente distinto tratamiento para este cobro (el sistema de liquidación y cobro ejecutivo de las sumas adeudadas por los empleadores), puede explicarse como producto de los regímenes legales diferentes que regulan al Fondo y a las administradoras de fondos privados. Pero, si se mira detenidamente lo que dice el artículo que se demanda y el procedimiento que señala el artículo 165, al que se refiere el demandante, en el fondo están estableciendo trámites de cobro similares. En efecto, en este artículo 165 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, para el cobro respectivo se permite a la administradora elaborar una declaración "que prestará mérito ejecutivo conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil", y, en el artículo demandado se dice: "Para tal efecto, la liquidación mediante la cual el Fondo determine los valores adeudados, tendrá el carácter de título ejecutivo". En consecuencia, no existe la profunda diferencia de la que habla el demandante, en este aspecto, por lo que se declarará exequible el aparte demandado, por no violar el derecho a la igualdad."

## 2.1. Pertenencia a la Rama Ejecutiva del Poder Público

El artículo 38 de la Ley 489 de 1998 establece las entidades que pertenecen a la rama ejecutiva del poder público, así:

*“Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:*

*1. Del Sector Central:*

- a) La Presidencia de la República;*
- b) La Vicepresidencia de la República;*
- c) Los Consejos Superiores de la administración;*
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;*
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.*

*2. Del Sector descentralizado por servicios:*

- a) Los establecimientos públicos;*
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;*
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;*
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;*
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;*
- f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;*
- g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.”* (negrilla fuera del texto)

Como se observa, además de los tradicionales organismos y entidades centrales y descentralizadas que en su momento contempló la reforma administrativa de 1968, la ley incluye otras formas organizativas que fueron creándose posteriormente para cumplir diversas tareas públicas a cargo de la rama ejecutiva (empresas sociales del estado, empresas oficiales de servicios públicos, etc.); además, se estableció de manera general que forman parte del sector descentralizado de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, *“las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.”*<sup>3</sup>

En concordancia con lo anterior, el artículo 68 de la misma ley 489 de 1998 señala que son entidades descentralizadas del orden nacional, además de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, *“las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de*

<sup>3</sup> En Concepto 1537 de 2003 esta Sala señaló en relación con el alcance del artículo 38 de la ley 489 de 1998: “El sector descentralizado por servicios que lo integraban los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, fue adicionado con las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, las sociedades públicas y los institutos científicos y tecnológicos y de manera general, “las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la rama ejecutiva del poder público” (arts. 38 y 68).

*actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio”.*

Al respecto, es importante recordar lo señalado por la jurisprudencia sobre la competencia del legislador para crear entidades descentralizadas y fijar su régimen legal sin sujeción a categorías específicas o predeterminadas:

*“Corroboramos la anterior interpretación el hecho de que la Constitución, en el numeral 7° del artículo 150 de la Carta, autoriza al legislador para crear o autorizar la creación de entidades descentralizadas del orden nacional, categoría dentro de la cual no sólo incluyó a los clásicos establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales de Estado y las sociedades de economía mixta, sino también a **“otras entidades del orden nacional”, aclarando así que no existe una clasificación cerrada de entidades del orden nacional, sino que bien puede al legislador idear otras formas de organismo público o mixto.**”<sup>4</sup> (se resalta)*

Esa regla residual de la ley 489 de 1998 sobre la pertenencia a la rama ejecutiva de *las demás* entidades creadas por el legislador para el cumplimiento de tareas administrativas, obedece a su vez a la forma en que según la propia Constitución Política está conformado el Estado. De acuerdo con el artículo 113 Superior, forman parte de este último las ramas ejecutiva, legislativa y judicial y los órganos autónomos e independientes creados para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

De modo que salvo que se trate de un órgano o entidad a los que la propia Constitución les ha dado un régimen de autonomía o de aquéllos que formen parte de las ramas legislativa o judicial, la regla general aplicable será la pertenencia del respectivo organismo a la rama ejecutiva del poder público:

*“Así las cosas, la noción de Rama Ejecutiva Nacional corresponde a la de Administración Pública Central, y excluye a las otras ramas del poder y a los órganos constitucionalmente autónomos. Siendo así las cosas, no habría inconveniente constitucional para considerar que las sociedades de economía mixta, como todas las demás entidades descentralizadas por servicios, según lo ha explicado tradicionalmente la teoría administrativa clásica, se **“vinculan” a la Rama Ejecutiva del poder público, es decir a la Administración Central.**”<sup>5</sup>*

Cabe señalar además que la estructura de la Administración no está conformada solamente por personas jurídicas sujetas al derecho público, en la medida que el legislador puede acudir al derecho privado para organizar ciertas entidades que por su naturaleza deben actuar bajo reglas similares a las de los particulares<sup>6</sup>; en

---

<sup>4</sup> Sentencia C-736 de 2007. Igualmente Concepto 1969 de 2009: “En materia de configuración de la estructura de la rama ejecutiva en el nivel nacional, es claro que la competencia del legislador para crear, suprimir o fusionar los correspondientes organismos y entidades no tiene restricciones más allá de las establecidas por la Constitución Política.”

<sup>5</sup> Sentencia C-736 de 2007.

<sup>6</sup> Sentencia C-722 de 2007: “En este orden de ideas, si le corresponde al legislador la determinación del régimen jurídico de las entidades descentralizadas por servicios, bien puede asignar a cada una de ellas regímenes distintos según la finalidad que le asigne a cada una de ellas y en atención a si en ellas concurre o no la participación de particulares (...). De la misma manera, la aplicación de normas de derecho privado a entidades de naturaleza pública resulta igualmente posible y suele presentarse sobre todo en las denominadas entidades que no pueden regirse exclusivamente por las reglas del derecho público en cuanto a su finalidad exclusiva industrial o comercial y a la confluencia de recursos de particulares, situación que obedece a la necesidad de dotar a tales entidades de la versatilidad y capacidad de acción inmediata que les permita competir en igualdad de condiciones con las entidades del sector privado. De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación no resulta contrario a la Constitución ni la creación de entidades

todo caso, tal como ha señalado la jurisprudencia, la remisión al derecho privado en la organización de ciertas entidades públicas, no implica su desvinculación del Estado y, en su caso, de la rama ejecutiva del poder público:

*“(...) es posible concluir que las sociedades de economía mixta, pese su naturaleza jurídica específica (regulación basada en las normas del derecho privado, ejecución de actividades industriales o comerciales, ánimo de lucro, entre otros aspectos) **no pierden su carácter de expresiones de la actividad estatal**, amén del aporte público en la constitución del capital social y la consiguiente pertenencia a la administración pública, en la condición de entidades descentralizadas. De esta manera, no es acertado sostener que la participación de particulares en la composición accionaria y la ejecución de actividades comerciales en pie de igualdad con las sociedades privadas sean motivos para excluir a las sociedades de economía mixta de la estructura del Estado y de los controles administrativos que le son propios y cuya definición hace parte de la potestad de configuración normativa de que es titular el legislador.”<sup>7</sup> (se resalta)*

Ahora bien, en relación con FOGACOOOP, el artículo 1 del Decreto Extraordinario 2206 de 1998 establece:

*“Artículo 1o. Creación. Créase el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas, Fogacoop, como una persona jurídica de naturaleza única, sujeta al régimen especial previsto en el presente decreto, organizada como una entidad financiera vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En lo no previsto en el presente decreto, serán aplicables al Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas las disposiciones vigentes para las empresas industriales y comerciales del Estado (...)*

Pese a que el legislador extraordinario no le asignó a FOGACOOOP una categoría jurídica específica dentro de las tradicionales formas de organización administrativa, pues señaló que tendría una “naturaleza única”, se puede observar en todo caso que dicha entidad (i) está vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y (ii) se rige, en lo no previsto en el respectivo decreto, por las disposiciones vigentes para las empresas industriales y comerciales del Estado.

De otra parte, el mismo Decreto 2206 de 1998 determina, entre otros aspectos, que dicha entidad cumple una función pública de protección de la confianza de los ahorradores de las cooperativas (artículo 2º); que su patrimonio proviene principalmente de recursos del presupuesto nacional (artículo 4º); que su junta directiva está conformada exclusivamente por representantes del Estado (artículo 14) y que su dirección estará a cargo de un funcionario de libre nombramiento y remoción del Gobierno Nacional (artículo 18).

En este orden de ideas, por su vinculación institucional, su capital y funciones públicas y la participación del Gobierno en su administración, para la Sala no cabe duda que se trata de una entidad pública descentralizada del sector hacienda<sup>8</sup> y que, por tanto pertenece a la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional.

---

administrativas de tal naturaleza, ni su sometimiento, para algunos efectos, a normas de derecho privado y tales disposiciones competen al legislador.”

<sup>7</sup> Sentencia C-529 de 2006.

<sup>8</sup> Artículo 42. Sectores administrativos. El Sector Administrativo está integrado por el Ministerio o Departamento Administrativo, las superintendencias y demás entidades que la ley defina como adscritas o vinculadas a aquéllos según correspondiere a cada área.

Lo anterior no cambia, valga decir, por el hecho de que el régimen de los actos y contratos de FOGACCOOP (artículo 23), así como el de sus colaboradores (Artículo 24), sea de derecho privado, pues ello no comporta su desvinculación del Estado, tal como ya quedo dicho.

De esta forma se cumple el primer elemento que establece la ley 432 de 1998 para la afiliación obligatoria de los trabajadores de FOGACCOOP al Fondo Nacional del Ahorro.

## 2.2 Carácter de servidores públicos de los trabajadores de FOGACCOOP

La definición de servidores públicos se encuentra directamente en la Constitución Política de 1991, en cuyo artículo 123 se establece:

*”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 (...) (se resalta)*

En diversas oportunidades la jurisprudencia ha tenido oportunidad de aclarar que la expresión servidores públicos utilizada en la Constitución es genérica y comprende “a todos los que mantienen un vínculo laboral con el Estado, bien desde el punto de vista legal y reglamentario o puramente contractual”<sup>9</sup>, y que, por estar relacionados con el cumplimiento de fines públicos, actúan al servicio de éstos y no de objetivos privados:

*“La Constitución de 1991 ha utilizado la expresión genérica ya mencionada -servidores públicos- para resaltar que quienes pertenecen a esta categoría están al servicio del Estado y de la comunidad (art. 123 C.P.) y que no desempeñan los cargos o empleos -por importantes que ellos sean- en su propio beneficio e interés, sino en el colectivo, siendo por tanto depositarios de la confianza pública, que no pueden defraudar, respondiendo en consecuencia por sus acciones u omisiones (art. 6 C.P.)”<sup>10</sup>*

Así, se ha señalado que dentro del concepto general de servidor público caben no sólo las tradicionales clasificaciones de empleado público o trabajador oficial, sino también las otras diversas categorías creadas por el legislador para vincular laboralmente el personal que el Estado requiere para cumplir los diferentes servicios a su cargo:

*“Con base en estas dos normas [artículos 123 y 125 C.P.], la Corte ha hecho ver que la noción de “servidor público” es un género que comprende diferentes especies, cuales son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales. [64] Estos últimos, como es sabido, no se vinculan a la Administración mediante situación legal y*

<sup>9</sup> Sentencia C-222 de 1999. En Concepto 1106 de 1998 esta Sala señaló: “La norma preceptúa que “son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”, con lo cual sigue el criterio orgánico de la administración pública contemporánea, consistente en que la calificación de servidor público de una persona depende de que esté vinculada a una entidad estatal, lo que significa, a contrario sensu, que si una persona no está vinculada a una entidad estatal es un trabajador particular.”

<sup>10</sup> Sentencia C-222 de 1999. Ver también Concepto 855 de 1996 de la Sala de Consulta, al referirse al concepto de servidor público así: “*Servidores públicos es un concepto genérico que emplea la Constitución Política para comprender a los miembros de las corporaciones públicas y a los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; todos ellos están “al servicio del Estado y de la comunidad” y deben ejercer sus funciones “en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento”.*

*reglamentaria, sino mediante contrato de trabajo, al contrario de lo que sucede con los empleados públicos. La jurisprudencia también ha hecho ver que la anterior clasificación emana de la Carta misma, pero que ello no obsta para que el legislador pueda establecer nuevas denominaciones, clases o grupos de servidores públicos diferentes de las mencionadas, para lo cual está revestido de facultades expresas en virtud de lo dispuesto por el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución Política. Así pues, en virtud de lo dispuesto por el artículo 123 superior, debe concluirse que los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas, entre ellos los de las sociedades de economía mixta y los las empresas de servicios públicos, son servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas.<sup>11</sup> (corchetes y negrilla fuera del texto original)*

Se ha indicado entonces que la vinculación laboral de personas al servicio del Estado mediante un régimen de derecho privado, incluso bajo formas diferentes a la de trabajador oficial, no se opone a su condición de *servidores públicos*, pues así se deriva de los artículos 123 y 125 de la Constitución, “*que, al sentar las bases de la carrera administrativa, exceptúa de ese régimen los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley*”<sup>12</sup>.

Pues bien, en el caso de FOGACCOOP se tiene que el legislador extraordinario estableció en el Decreto 2206 de 1998, que el régimen legal de sus trabajadores es de derecho privado:

*“Artículo 24. Régimen laboral de los empleados. Salvo los cargos de dirección y confianza señalados en los estatutos del Fondo, los empleados del Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas estarán vinculados mediante contrato de trabajo regulado por las normas del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas aplicables a los trabajadores particulares.”*

Por tanto, como se desprende de esta disposición, los trabajadores de FOGACCOOP, salvo en los cargos de dirección y confianza, no tienen una relación legal y reglamentaria, sino contractual y sujeta a las mismas reglas de los trabajadores particulares.

---

<sup>11</sup> Sentencia C-736 de 2007. Véase también, por ejemplo, Sentencia C-722 de 2007 que, al referirse a los trabajadores de Ecopetrol, señaló que su calificación como *trabajadores particulares* no se oponía a su condición de *servidores públicos* en los términos del artículo 123 de la Constitución Política.

<sup>12</sup> Sentencia C-338 de 2011, en la cual se señaló además: “Con fundamento en las disposiciones que se acaban de citar, la Corte ha concluido que la noción de servidor público es genérica y que comprende diferentes especies, entre las que se encuentran los trabajadores oficiales, quienes, a diferencia de los empleados públicos, no se vinculan a la administración mediante una relación legal y reglamentaria, sino en virtud de un contrato de trabajo, *sin perjuicio de que el legislador “pueda establecer nuevas denominaciones, clases o grupos de servidores públicos”*. Se aclaró sin embargo que el hecho de que personas vinculadas al Estado bajo reglas de derecho privado puedan ser consideradas *servidores públicos*, no conlleva necesariamente la sujeción al régimen disciplinario de la ley 734 de 2002, pues el legislador tiene en esa materia un amplio margen de configuración normativa.” Fluye de lo hasta aquí considerado que al establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas por servicios y al definir lo concerniente a la responsabilidad de sus trabajadores, el legislador puede tener en cuenta las características propias de cada tipo de entidad y las diferencias existentes entre ellas y que, por lo mismo, la pretensión de la actora en el sentido de que se aplique el régimen disciplinario a todos los *servidores públicos*, incluidos los que laboran en las sociedades de economía mixta, resulta excesiva, pues desconoce los caracteres propios de cada entidad, la potestad de configuración del legislador para definir el correspondiente régimen jurídico y, por consiguiente, lo relativo a la responsabilidad y también desconoce que, conforme se ha explicado, el concepto de *servidor público* es genérico y comprende varias especies, entre las cuales se encuentra el trabajador de las sociedades de economía mixta, vinculado a ellas mediante un régimen de derecho privado.”

Empero, como se ha visto, esa remisión al derecho privado no comporta la ruptura del nexo que los une con el Estado a través de FOGACOOOP, ni los aleja de su condición general de servidores públicos. Siendo dicho fondo una entidad pública vinculada al sector hacienda, que cumple tareas propias del Estado y que funciona con patrimonio público, según quedó visto, lo consecuente es que sus trabajadores, a pesar de estar sometidos al derecho laboral privado, tengan la calidad de servidores públicos a que alude el artículo 123 de la Constitución Política, cuando se refiere en general a los empleados y trabajadores al servicio de las entidades del Estado y de sus entidades descentralizadas.

Reitera la Sala que la facultad del legislador de crear formas especiales de vinculación al servicio de la Administración, que en ocasiones no responden a la clásica división de empleado público y trabajador oficial, no hace desaparecer *per se* el vínculo con el Estado y, por tanto, la condición más general de servidor público<sup>13</sup>, como ocurre en el caso analizado.

De esta manera, se cumple también el segundo elemento que establece la ley 432 de 1998 para la afiliación obligatoria de los trabajadores de FOGACOOOP al Fondo Nacional del Ahorro.

Conforme a lo anterior,

#### **LA SALA RESPONDE**

*“si los empleados del Fondo son o no servidores públicos y, por tanto, si se encuentran obligados a estar afiliados al Fondo Nacional del Ahorro.”*

Sí. Los empleados del Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas son servidores públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional y, como tales, se encuentran obligados a estar afiliados al Fondo Nacional del Ahorro.

Remítase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

**WILLIAM ZAMBRANO CETINA  
ESCOBAR**  
Presidente de la Sala

**GERMÁN ALBERTO BULA**  
Consejero de Estado

**AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA  
VARGAS**

**ÁLVARO NAMÉN**

---

<sup>13</sup> Sentencia C-1171 de 2004: “En múltiples oportunidades, esta Corporación ha precisado que la noción de “servidor público” que incorpora la Constitución Política es abierta, es decir, que no fue definida en todos sus elementos por el Constituyente; así mismo, la Corte ha establecido expresamente que el Legislador cuenta con la facultad constitucional de establecer categorías de servidores públicos distintas a las tradicionales de empleado público y trabajador oficial que menciona la Carta Política.”

Estado

Consejero de Estado

Consejero

de

**OSCAR ALBERTO REYES REY**  
Secretario de la Sala