



Concepto 15081 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000015081

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000015081

Fecha: 28-01-2019 01:04 pm

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Ejercicio de funciones públicas por parte de un particular. RAD. 20182060346092 del 14 de diciembre de 2018.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta si en atención al objeto y las actividades contractuales allegadas con la presente petición, el contrato relacionado conlleva el desarrollo de funciones públicas; igualmente si acorde al objeto contractual expuesto en los hechos materia de consulta en la prestación de servicios profesionales por una persona particular, esta tendría algún impedimento legal si actualmente recae sobre ella una inhabilidad general, me permito informarle lo siguiente:

En primer lugar, debe anotarse que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por consiguiente, no le corresponde una valoración concreta de casos particulares, ni se encuentra facultado para declarar derechos individuales, ni dirimir controversias cuya decisión está atribuida a los jueces como es el caso de la configuración de inhabilidades e incompatibilidades, ni tampoco es un órgano de control o vigilancia. Para tales efectos debe acudirse al juez u órgano de control competente, previo agotamiento del procedimiento legalmente establecido.

Tampoco es competente para conocer de situaciones relacionadas con contratación pública, por ser materia de competencia de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente, conforme al Decreto 4170 de 2011.

Así las cosas, solo será procedente anunciar la interpretación normativa y jurisprudencial relacionada con el ejercicio de funciones públicas por parte de un particular:

Frente al ejercicio de funciones públicas por particulares, la Constitución Política de 1991 consagra:

"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."

De acuerdo con lo anterior, los particulares pueden desempeñar temporalmente funciones públicas y el régimen aplicable y la regulación de su ejercicio será determinado por la ley.

Sobre el tema, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez, en sentencia con Radicación número: ACU-1016 del 18 de noviembre de 1999, señaló:

"La Función Pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines.

(...)

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.

Por tanto, son diferentes los conceptos de función pública y servicio público.

Así lo ha señalado reconocida parte de la doctrina.

En efecto, Roberto Dromi sobre el punto dice:

"funciones públicas. Atañen a la defensa exterior, para resguardo de supremas necesidades de orden y paz y a la actuación del derecho, para la tutela de los propios valores jurídicos como orden, seguridad y justicia. (...)"

"Servicios públicos: Se refieren a prestaciones o servicios de interés comunitario, que no son de forzosa ejecución estatal directa."

De conformidad con lo expuesto, resta concluir que la prestación del servicio público de educación por los particulares, no comporta el ejercicio de funciones públicas, en cuanto no corresponde al desarrollo de competencias atribuidas a los órganos o servidores del Estado.

(...)

La Sala en reciente providencia dictada dentro del expediente ACU 798 señaló las diferencias entre función pública y servicio público; manifestó:

'El manejo que generalmente se hace de la función pública se ha reducido exclusivamente al ámbito del derecho administrativo, para significar la relación que une al servidor público con la administración, y en tal sentido entonces se entiende, con carácter totalmente restringido como, el conjunto de regímenes de administración laboral aplicables a las personas que prestan sus servicios al Estado, cuando es lo cierto que, el concepto de función pública tiene una connotación mucho mayor.'

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 ().

Sobre el particular, la doctrina inclusive tiene precisada la diferencia existente entre función pública y servicio público, que, si bien son dos figuras próximas en el ámbito del derecho público, cada una de ellas posee su propia caracterización y tipificación que las diferencia entre sí, 'esta distinción procede de la doctrina italiana y fue elaborada frente a la pretensión inicial de que «toda tarea administrativa es constitutiva de servicios públicos» hoy ya desechada. No obstante, puede decirse que la función pública participa en todo caso del poder del Estado, y que es de carácter siempre jurídico, mientras que el servicio público es de carácter material y técnico y en muchas de sus manifestaciones no puede utilizar el poder público (por ejemplo, y en la mayoría de los casos, para imponer coactivamente su utilización)."

(...)" (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Conforme lo señala el Consejo de Estado, 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.

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 24 de agosto de 2010, dictada dentro del Proceso No. 31986, Magistrada Ponente: María del Rosario González de Lemos, preceptuó:

"El particular que contrata con la administración pública se compromete a ejecutar una labor o una prestación conforme al objeto del contrato y en virtud de ese convenio, de conformidad con los artículos 123- 3 y 210-2 de la C. P., puede ejercer funciones públicas temporalmente o en forma permanente, siendo la naturaleza de esa función la que permite determinar si puede por extensión asimilarse a un servidor público para efectos penales, ejemplo de tales eventualidades son las concesiones, la administración delegada o el manejo de bienes o recursos públicos."

La Sala adoptó la anterior postura con apoyo en la sentencia de constitucionalidad C-563 de 1998, en la cual la guardiana de la Carta Política consideró conforme al texto superior el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, sobre la base de expresar:

"Simplemente el legislador, como autoridad competente para definir la política criminal, ha considerado que la responsabilizante y por servicios. Tal tratamiento que, se insiste, no implica convertir al particular en un servidor público, tiene una justificación objetiva y razonable, pues pretende garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan a cabalidad, sin que sean menguados o interferidos por alguien que, en principio, no está vinculado por ellos."

En otras palabras, la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público".

La Corte Constitucional arribó a esa conclusión a partir de los siguientes adicionales razonamientos:

"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 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, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.

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".

Como se observa, esta Corporación, a partir de la doctrina constitucional establecida en la sentencia C-563 de 1998, expresó en la sentencia de casación antes aludida que aun cuando el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 asigna la calidad de servidor público para efectos penales al contratista, interventor, consultor y asesor en todo lo concerniente a la celebración de contratos, tal condición solamente se adquiere cuando con motivo del vínculo contractual el particular asume funciones públicas, es decir, cuando el contrato implica la transferencia de una función de esa naturaleza, no cuando su objeto es distinto, como sucede si la actividad se circunscribe a una labor simplemente material."

Al referirse al alcance de los conceptos de función pública y de servicio público en la Constitución, la Corte Constitucional, en sentencia C-037 del 28 de enero de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Tafur Galvis, al resolver la 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", estableció:

"Si bien en un sentido amplio podría considerarse como función pública todo lo que atañe al Estado, cabe 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

4.1.1.3.1 La Constitución utiliza el término "función" para identificar las actividades del Estado, (art.113 C.P.)⁴² 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.

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" ataña 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).

(...)

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." (Subrayado fuera de texto)

En el concepto No. 5 de 2004 del 13 de enero de 2004, suscrito por el Dr. Esiquio Manuel Sánchez Herrera, Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, se señaló lo siguiente:

"Como se observa, entre los particulares que quedan sometidos al régimen disciplinario se encuentran aquellos que desarrollan funciones públicas, entendiéndose por éstas las actividades que por su naturaleza son de aquellas que corresponde cumplir a la entidad para desarrollar los fines estatales y que por razones administrativas o estructurales se desplaza hacia personas que no se encuentran vinculadas a la administración como servidores propiamente dichos (relación legal y reglamentaria o contrato de trabajo), lo cual bien puede generarse a través de un contrato en los términos que lo permiten las normas sobre la materia, Ley 80 de 1993 y aquellas que la modifican o adicionan, pues aunque mediante este medio no se genera subordinación ni dependencia con la administración, si es posible que su ejecución conlleve el ejercicio de una actividad netamente administrativa.

(....)

Para los efectos descritos habrá de precisarse entonces que aunque la función pública ha sido considerada como aquella que corresponde desarrollar al Estado para el cumplimiento de los fines que le son propios y que esta expresión se refiere igualmente a la relación de sujeción que existe entre el servidor público y el Estado, que se crea precisamente por el conjunto de labores que se predicen del cargo que se ocupa y que se compromete a cumplir al ingresar a la administración, siendo la función el vínculo entre ésta y el funcionario, no es menos cierto que pueden presentarse un conjunto de labores que corresponden al Estado para desarrollar actividades relacionadas con su administración o funcionamiento, que por razones de operabilidad se trasladan a manos de particulares contratados para esos fines específicos, sin que por ello se desvirtúe la naturaleza de la función como tal y su carácter administrativo.

-
Lo anterior, permite colegir que el ejercicio de las funciones públicas o administrativas no está supeditado necesariamente a la condición de empleado o trabajador del Estado, sino que los particulares pueden participar de ellas y es factible que lo hagan bajo la modalidad del contrato y que por el ejercicio de las mismas deben responder disciplinariamente; situación que los coloca como sujetos disciplinables conforme al

procedimiento y competencias señalados en la Ley 734 de 2002, a lo que ya se hizo mención.

Se reitera que tratándose de funciones públicas o administrativas, lo que no puede resultar extraño de ninguna manera es que en la actualidad los particulares desarrollen este tipo de labores y que el Estado controle su ejecución, pues precisamente se está actuando en su nombre y, por eso se ha estimado que en tales condiciones también deben responder por acción u omisión respecto de la función concreta que cumplen". (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con las sentencias anteriormente citadas, para establecer si el particular ejerce funciones públicas, es necesario verificar la naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por aquél; en cuanto las funciones públicas, se manifiestan como la exteriorización de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo la expedición de actos unilaterales, que deciden situaciones que afectan a terceros o la imposición coercitiva de una decisión a un tercero.

Por consiguiente, se entiende por funciones públicas, las actividades que por su naturaleza son de aquellas que corresponde cumplir a la entidad para desarrollar los fines estatales, que por razones administrativas o estructurales se pueden desplazar hacia personas que no se encuentran vinculadas a la administración como servidores propiamente dichos (relación legal y reglamentaria o contrato de trabajo).

Ahora bien, cabe recordad que la Ley 734 de 2002, "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único", establece respecto a la inhabilidad general:

"ARTÍCULO 44. Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.

(...)

"ARTÍCULO 45. Definición de las sanciones.

1. La destitución e inhabilidad general implica:

a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o

b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o

c) La terminación del contrato de trabajo, y

d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera." (Subrayado fuera de texto)

Conforme lo anterior, se observa que según los artículos 44 y 45 de la Ley 734 de 2002, "por la cual se expide el Código Disciplinario Único", la sanción de destitución e inhabilidad general, implica, de un lado, la terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, la desvinculación del cargo, o la terminación del contrato de trabajo, y

en todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera.

En caso de 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/gestor-normativo>, 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,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

D Castellanos/JFCA/GC

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

Fecha y hora de creación: 2025-12-20 06:38:56