



Función Pública

Concepto 290971 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000290971

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000290971

Fecha: 09/08/2021 11:42:15 a.m.

Bogotá D.C.

REF: FUNCIÓN PÚBLICA. Ejercicio de Funciones Públicas por particulares. Contratista que ejerce funciones públicas. RAD. 20212060505072 del 7 de julio de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si frente a la sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad general que le fuera impuesta y que se extiende hasta el 28 de septiembre de 2026, estaría inhabilitado para celebrar contrato de prestación de servicios con una entidad estatal, me permito manifestarle lo siguiente:

En cuanto a la sanción de ejercer la función pública impuesta como sanción disciplinaria, la Ley 734 de 2002, “*Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*”, señala:

“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. 2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.

3. Suspensión, para las faltas graves culposas.

(...).”

“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.

(...).” (Se subraya).

De acuerdo con los textos legales citados, una persona puede ser sancionada disciplinariamente y como consecuencia de ello le es impuesta una inhabilidad general, y en consecuencia, no podrá ejercer funciones públicas, en un cargo o función, indicando así que la sanción pesa no sólo sobre servidores públicos sino que también es aplicable a aquellos que, sin serlo, ejerzan la función.

Por su parte, la Ley 80 de 1993, “*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”, establece como

inhabilidades para contratar, entre otras:

“ARTÍCULO 8. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

“(…)”

d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.

“(…)”

<Aparte tachado derogado por el Artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Entra a regir a partir del 16 de enero de 2008, según lo ordena el Artículo 33 de la misma Ley> Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.” (Se subraya).

De acuerdo con el texto legal citado, quien haya sido sancionado disciplinariamente con sanción de destitución, no podrá contratar con el Estado por el término de 5 años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que dispuso la destitución. Para el caso en consulta, la sanción que fue impuesta en 2014, impedía al consultante contratar con entidades oficiales hasta 5 años, contados a partir de la fecha de ejecutoria de la sanción de destitución.

Ahora bien, los contratos de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado. Por esta razón, para el ejercicio de funciones de carácter permanente deben crearse los empleos correspondientes, y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.

Respecto al contrato de prestación de servicios, el Consejo de Estado mediante concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicación No 951 de febrero 7 de 1997, Consejero Ponente Dr. Javier Henao Hadrón, señaló:

“Así, los contratos de prestación de servicios están diseñados exclusivamente como instrumento especial de colaboración para el cumplimiento de actividades transitorias, de carácter técnico o científico, relacionadas con la administración y, por ende no están previstos para ejercer mediante ellos funciones ordinarias de naturaleza pública ni para sustituir la planta de personal.”

“De manera que para ejercicio de funciones de carácter permanente, el vínculo laboral con el Estado es de derecho público (relación legal reglamentaria) o surge del contrato de trabajo; la primera forma es la utilizada para vincular a los empleados o funcionarios, y la segunda a los trabajadores oficiales. El campo de acción que queda para el ejercicio de las actividades de carácter transitorio “que no pueden realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados” es el propio del contrato de prestación de servicios”. (Negrilla fuera de texto)

El contrato de prestación de servicios es una de las formas excepcionales y temporales a través de la cual los particulares pueden desempeñar actividades específicas, y su fin es satisfacer necesidades especiales de la Administración que no pueden estar revistas en la planta de personal. Los elementos del contrato de prestación de servicios son propios y los fines perseguidos y su naturaleza están definidos en su texto.

Ahora bien, la función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la obtención de sus fines, la cual podrá por expresa delegación legal o por concesión, ser desarrollada temporalmente por particulares, ello acontece cuando la labor del particular sobrelleva la asunción de prerrogativas propias del poder público.

Sobre la posibilidad de que los particulares ejerzan funciones públicas, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, Consejero Ponente: Doctor GUILLERMO VARGAS AYALA, Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil doce (2012). Radicación número: 68001-2331-000-2012-00218-01 (PI) y actor. Jairo Andrade Vidal, se pronunció en los siguientes términos:

“La Corte Constitucional, en efecto, en sentencias en las cuales se ha referido a la deducción de responsabilidad penal y a la aplicación de la ley disciplinaria los contratistas del Estado cuyas consideraciones estima la Sala son perfectamente aplicables al tema objeto de estudio, ha precisado que éstos, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales al contratar con el Estado y que solo para algunos efectos como la aplicación del régimen penal o disciplinario- se “asimila” el particular al servidor público en tanto y en cuanto que, en virtud del contrato, dicho particular asuma el ejercicio de una función pública.”

La Sentencia C-037/03, expediente D-3982, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis, de la Sala Plena de la Corte Constitucional, señaló en relación con funciones públicas que prestan los particulares, lo siguiente:

"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."¹⁴

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.

(...)

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."

De acuerdo con las sentencias anteriormente citadas, para establecer si el particular vinculado mediante contrato de prestación de servicios está inmerso en el concepto de la función pública, es necesario verificar la naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por aquél, en cuanto únicamente cuando se le transfiere la realización de funciones públicas se encuentra cobijado con dicha cualificación, no así en el evento de ejecutar una labor simplemente material.

Es decir, la jurisprudencia ha señalado que el contrato puede constituir una forma autorizada por la ley de atribuir funciones públicas a un particular cuando adquiere el carácter de concesionario, administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, actividades éstas que necesariamente llevan al traslado de la función pública.

En este sentido se considera, que la actividad desarrollada mediante el contrato de prestación de servicios está subsumido en el concepto de la Función Pública cuando en el desarrollo de obligaciones estatales permiten la asunción de prerrogativas propias del poder público.

La celebración de un contrato de prestación de servicios con una persona natural depende del estudio de necesidad que realice la entidad, con el fin de determinar el ejercicio de actividades transitorias o temporales porque de acuerdo con el manual de funciones específico no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar el servicio, o cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio, o cuando aun existiendo personal en la planta, éste no sea suficiente.

Para establecer si un contratista cumple o está subsumido en el concepto de Función Pública, se requiere verificar si ese particular ejerce potestades inherentes al Estado, como por ejemplo señalamiento de conductas, ejercicio de coerción, expedición de actos unilaterales.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

1. La sanción de destitución y la inhabilidad general, impide al sancionado ejercer funciones públicas por el término señalado en el acto de sanción.
2. La sanción de destitución genera una inhabilidad para contratar por el término de 5 años, contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto de sanción.

3. Normalmente, los contratos de prestación de servicios no se suscriben para realizar funciones públicas pues, no están previstos para ejercer mediante ellos funciones ordinarias de naturaleza pública ni para sustituir la planta de personal. Si el término de la inhabilidad ya transcurrió, el consultante podrá contratar con entidades públicas.

4. No obstante, por excepción, es factible que un particular, mediante un contrato ejerza funciones públicas, como sería el caso de señalamiento de conductas, ejercicio de coerción, expedición de actos unilaterales. De ser el caso, pesaría la inhabilidad para ejercer funciones públicas que se encuentra vigente. Por el contrario, si se trata de un contrato mediante el cual no se ejercerán funciones públicas, no se aplicará la inhabilidad.

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

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 22:27:57