



Función Pública

Concepto 125201 de 2015 Departamento Administrativo de la Función Pública

20156000125201

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000125201

Fecha: 27/07/2015 09:59:31 a.m.

Bogotá D.C.

Ref.: VARIOS. Contratista. Particulares que ejercen funciones públicas. Rad. 2015-206-013258-2 del 16 de julio de 2015

n atención al oficio de la referencia, mediante la consulta si es viable jurídicamente que el Ministerio de Educación Nacional designe un contratista para que adelante el trámite de los procesos sancionatorios establecidos en la Ley 30 de 1992 y la Ley 1740 de 2014, me permito indicarle lo siguiente:

La Ley 30 de 1992 "Por la cual se organiza el servicio público de la educación superior" estableció:

"ARTÍCULO 51. Cuando en el desarrollo de la investigación se establezca que una institución o su representante legal pudo incurrir en una de las faltas administrativas tipificadas en esta ley, el investigador que designe el Ministro de Educación Nacional , a través del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, Icfes, le formulará mediante oficio que le será entregado personalmente, pliego de cargos que contendrá una relación de los hechos y de las pruebas, la cita de las disposiciones legales infringidas y los términos para que rinda descargos para lo cual dispondrá de un término de treinta (30) días. *(El texto subrayado fue derogado por el art. 25, Ley 1740 de 2014)*

Tanto la institución de educación superior a través de su representante legal, como el investigado, tendrán derecho a conocer el expediente y sus pruebas; a que se practiquen pruebas aun durante la etapa preliminar; a ser representado por un apoderado y las demás que consagren la constitución y las leyes.

Rendidos los descargos se practicarán las pruebas solicitadas por la parte investigada o las que de oficio decrete el investigador.

Concluida la investigación el funcionario investigador rendirá informe detallado al Ministro de Educación Nacional a través del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, Icfes, según el caso, sugiriendo la clase de sanción que deba imponerse, o el archivo del expediente si es el caso." *(El texto subrayado fue derogado por el art. 25, Ley 1740 de 2014)*

Por su parte, la Ley 1740 de 2014 "Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 67 y los numerales 21, 22 y 26 del artículo 189 de la Constitución Política, se regula la inspección y vigilancia de la educación superior, se modifica parcialmente la Ley 30 de 1992 y se dictan otras disposiciones" determina las medidas que puede adoptar el Ministerio de Educación Nacional, en ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia de la educación superior cuando lo considere necesario.

Ahora bien, con respecto a la vinculación mediante contrato de prestación de servicios, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", dispone:

"ARTICULO 32. "DE LOS CONTRATOS ESTATALES (...)

3o. Contrato de prestación de servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

-

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable."
(Subrayado fuera de texto)

El numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, señala:

"ARTÍCULO 2. DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

(...)

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

(...)

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;(...)."

Como puede observarse de las normas anteriormente señaladas, 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, con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Sobre el tema, la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis, ha señalado lo siguiente:

"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[51].

(...)

Ello no sucede en cambio en el caso de las funciones públicas, que corresponde ejercer a los servidores públicos y solo de manera excepcional puede ser encargado su ejercicio a particulares (art. 123-2), y en los términos ya expresados.

Cabe precisar que este entendimiento dado por la Constitución a la noción de servicio público corresponde a la evolución que dicha noción ha tenido en la doctrina[52] y que ya no corresponde a la noción clásica de servicio público que implicaba la asimilación del servicio público con la función pública y con el derecho público[53].

La Constitución Política, ha reservado para el Estado las funciones de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, -que en sí mismas corresponden cabalmente al ejercicio de funciones públicas, mientras que la prestación de los mismos, en la medida en que no implica per se dicho ejercicio, ha determinado que puede ser adelantada por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas (art. 365 C.P.).

No sobra precisar, que conforme al aparte final del artículo 365 superior, cuando el Estado se reserva para sí la prestación exclusiva de un servicio público, previa la indemnización de las personas que en virtud de la ley que así lo determine queden privadas del ejercicio de una actividad legítima, el particular que eventualmente llegue a prestar ese servicio por decisión del mismo Estado, por el solo hecho de dicha prestación, o de la sola celebración de un contrato de concesión para el efecto, tampoco ejercerá una función pública. Solamente en caso que la prestación haga necesario el ejercicio por parte de ese particular de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo, señalamiento de conductas, ejercicio de coerción, expedición de actos unilaterales, podrá considerarse que este cumple en lo que se refiere a dichas potestades una función pública.

Ahora bien, en relación con los controles que se pueden ejercer respecto de los particulares que excepcionalmente cumplen funciones públicas, frente a aquellos que simplemente prestan un servicio público, cabe hacer las siguientes consideraciones.

Como ya se señaló el particular que ejerce funciones públicas se encuentra sometido exactamente a los mismos controles que los servidores públicos[54]. (...)”

De otra parte, la Procuraduría General de la Nación en su concepto No. C-097-2014 resolvió una consulta sobre la viabilidad de comisionar a personas vinculadas mediante contrato de prestación de servicios, para el adelantamiento de procesos disciplinarios de competencia de dicha Oficina, para su sustanciación en etapa de indagación, investigación y cargos y fallo de primera instancia, indicando lo siguiente:

“Conforme a definición legal que no ha sido modificada “El Estado es titular de la potestad disciplinaria” (artículo 1° del C.D.U.) y la acción disciplinaria le corresponde en nombre suyo, también por definición legal, “a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado”, “sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales”, así como a la jurisdicción disciplinaria respecto a los funcionarios judiciales (artículo 2° ibídem).

Sin embargo, una cosa es la adopción de las decisiones que la potestad disciplinaria implica, para lo cual las únicas legalmente habilitadas por el legislador son las autoridades precedentemente señaladas y otra, la instrucción de los procesos que, mediante el recaudo probatorio pertinente, permite la adopción de dichas decisiones. Para esta última labor, es posible apoyarse en personal vinculado mediante los contratos de prestación de servicios profesionales que fueren necesarios.

Respecto a la potestad punitiva del Estado en el ámbito disciplinario, este Despacho sostuvo recientemente:

“En otras palabras, si la acción disciplinaria solamente la pueden adelantar determinadas autoridades, expresamente señaladas por el legislador (artículo 2° de la ley 734 de 2002), es éste mismo (o la Constitución) el único que puede ampliar el abanico de la titularidad de la atribución que

a aquellos le ha asignado.

Concluye esta oficina consultora, que por la vía del contrato de prestación de servicios, no puede asignársele a un particular la posibilidad de ejercer funciones públicas de índole sancionatoria, a menos que antecediere expresa autorización legal. Lo anterior por cuanto es la ley y sólo ella, la creadora de funciones públicas o competencias administrativas en cabeza de los particulares (inciso tercero del artículo 123 de la Constitución e inciso segundo del artículo 210 ibídem)¹.

Se debe aclarar que por “ejercicio de funciones públicas de índole sancionatoria”, este Despacho entiende la adopción de las decisiones propias del proceso disciplinario, como autos de apertura, decisiones de archivo, decretos de nulidad, formulación de cargos, citación a audiencias, adopción de fallos, etc. Las actuaciones intermedias, que constituyen mera ejecución de una decisión precedentemente adoptada por el funcionario competente, como lo es el recaudo probatorio del expediente, no significa ejercicio de funciones públicas, por cuanto no conlleva el ejercicio de las potestades inherentes al Estado (se recomienda la lectura de las precisiones hechas por la Corte Constitucional, respecto del alcance de la expresión “funciones públicas” dentro del artículo 53 del C.D.U. –Sentencia C-037 de 2003).

En conclusión, la administración puede, en presencia de determinadas circunstancias, como por ejemplo una reducción significativa del personal de planta, acudir a la figura del contrato de prestación de servicios para apoyar las áreas misionales que así lo requieran, en procura de preparar las decisiones que han de proferir quienes tienen la habilitación legal para ello.”

De acuerdo con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, 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, guardando concordancia con lo establecido en el artículo 123 de la Constitución Política en cuanto autoriza que los particulares temporalmente desempeñen funciones públicas.

Teniendo en cuenta lo anterior, una entidad puede contar con personal especializado vinculado mediante contrato de prestación de servicios para el debido desarrollo de funciones públicas de índole disciplinaria, cuando no cuenta con el personal de planta con el perfil necesario que se requiere para realizar estas actividades, ni cuentan con los conocimientos especializados que se demandan en este tipo de procesos.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que en la actualidad no existe en el Ministerio de Educación Nacional el personal de planta suficiente para llevar a cabo los trámites sancionatorios establecidos en la Ley 30 de 1992 y la Ley 1740 de 2014, en criterio de esta Dirección es viable jurídicamente que allí se designe un contratista para que apoye y prepare las decisiones que han de proferir quienes tienen la habilitación legal para ello dentro de los procesos sancionatorios, máxime si se tiene en cuenta que las decisiones de fondo son tomadas directamente por la señora Ministra de Educación Nacional.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Consulta C-154 de 2011 de la Procuraduría General de la Nación.

Mónica Herrera/CPHL

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 09:59:49