



**Función Pública**

## Concepto 064091 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000064091\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000064091

Fecha: 23/02/2021 04:05:59 p.m.

Bogotá

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Calidad de los contratistas de prestación de servicios. ¿Los contratistas de prestación de servicios son destinatarios de las disposiciones contenidas en la Ley 734 de 2002? Radicado: 20219000044362 del 27 de enero de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual solicita concepto en donde se señale que usted puede ser contratada, la naturaleza de los contratistas de prestación de servicios y si los mismos son destinatarios de las disposiciones contenidas en la Ley 734 de 2002, me permito manifestarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, 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, 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 acudir al juez u órgano de control competente, previo agotamiento del procedimiento legalmente establecido.

Tampoco le corresponde determinar o certificar si una persona se encuentra habilitada o no para suscribir un contrato de prestación de servicios, más aún cuando esta es una facultad de la administración, en ejercicio de su autonomía administrativa y constitucional.

En consecuencia, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de competencia.

De otra parte, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al

servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

*“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).*

Conforme con lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

En consecuencia, estas restricciones únicamente se aplican si están expresamente reguladas en la Constitución o en la ley.

De acuerdo con lo señalado, no resulta viable por parte de esta Dirección Jurídica emitir el primer pronunciamiento por usted solicitado; es decir, señalar que usted puede ser contratada.

No obstante lo anterior, de forma general sobre el caso consultado se citará el marco legal aplicable a la situación, así:

Respecto de la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios, es oportuno resaltar que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, consagra:

*“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

(...)

### *3. 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 o jurídicas cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.*

*Estos contratos no generan en ningún caso relación laboral ni prestaciones sociales. Los contratos a que se refiere este ordinal, se celebrarán por el término estrictamente indispensable.” (Subrayado fuera del texto)*

Con relación a los contratos de prestación de servicios señala que son aquellos que realizan las entidades con personas naturales o jurídicas, con la finalidad de desarrollar actividades relacionadas con la administración que no puedan ser ejecutadas por el personal de planta o que requiera conocimientos especializados.

Igualmente, el Decreto 1082 de 2015, en el artículo 2.2.1.2.1.4.9., señala lo siguiente:

*“Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.*

*Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la Entidad Estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.*

*La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos.”*

En armonía con lo anteriormente citado, el Consejo de Estado en Sentencia del 15 de noviembre de 2018. Rad: 25000-23-42-000-2014-00759-01(4967-15) Consejero ponente: William Hernández Gómez, ha considerado que:

*“El contrato de prestación de servicios tiene como propósito el de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, o para desarrollar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de estas. Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios esta la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual, y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes. De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público. Ello con el fin de evitar el abuso de dicha figura y como medida de protección de la relación laboral, en tanto que, a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal”. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).*

De conformidad con las normas y la jurisprudencia anteriores, el contrato de prestación de servicios es una modalidad de vinculación con el Estado de tipo excepcional que se justifica constitucionalmente si es concebida como un instrumento para atender funciones ocasionales, que son aquellas que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o que, siendo parte de ellas, no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados; vinculación que en ningún caso debe conllevar subordinación.

Ahora bien, respecto del ejercicio de funciones de carácter permanente, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-614 de 2009, expresó:

*«i) Criterio funcional: la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público. En otras palabras, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral. En este sentido, la sentencia del 21 de agosto de 2003 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expresó:*

*“...no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento, por mandato constitucional, y que el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes”»*

De acuerdo con lo expuesto, las funciones permanentes son aquellas que la entidad debe ejecutar en su actuar ordinario porque le fueron

conferidas por la Constitución y la Ley, por lo tanto los funcionarios de planta que a su vez hacen parte de la estructura organizacional de la entidad, distribuidos en sus diferentes áreas y dependencias deben atender en el ejercicio de sus funciones a los niveles de jerarquía y responsabilidad, según corresponda con el organigrama de la entidad.

Así las cosas, los contratistas de prestación de servicios rigen su relación con la entidad a través del contrato, el cual dispone las condiciones de ejecución del contrato en cuanto objeto, plazo, valor y forma de pago. Es decir, el contratista deberá ejecutar las obligaciones de acuerdo a lo estipulado en su objeto contractual, de manera que no se constituyen como servidores públicos.

Finalmente, en relación con su interrogante de si los contratistas son destinatarios de las normas del Código único Disciplinario, es preciso reiterar lo señalado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 citado:

*“ARTICULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.*

*(...)*

### *3. 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. (...)” (subrayas fuera de texto).*

Las personas vinculadas mediante contrato de prestación de servicios no se encuentran dentro de una relación laboral, en ese sentido no son considerados servidores públicos, sino particulares contratistas, y su relación contractual está regulada por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993 y las demás normas que regulan la materia.

De otro lado, la Ley 734 de 2002, señala como sujetos de la ley disciplinaria, así:

*“ARTÍCULO 25. DESTINATARIOS DE LA LEY DISCIPLINARIA. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código.*

*(...)”*

*“ARTÍCULO 53. SUJETOS DISCIPLINABLES. <Artículo modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.*

*Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.*

*Administrar recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.*

*No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.*

(...)

De acuerdo con lo anterior, las personas vinculadas a la administración pública mediante contrato de prestación de servicios, no son sujetos disciplinables, a menos que con ocasión del mencionado contrato realicen labores de interventoría o supervisión de contratos estatales, ejerzan funciones públicas o administrativas o actividades propias de los órganos del Estado que permitan el cumplimiento de cometidos estatales o ejerzan la facultad sancionadora del Estado.

Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia [C-037](#) del 2003, en la cual declaró exequibles las expresiones “que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales” y “presten servicios públicos a cargo del Estado de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política”, contenidas en el artículo [53](#) de la Ley [734](#) de 2002, consideró lo siguiente:

*“De la evolución jurisprudencial que se ha destacado se desprende entonces que el criterio esencial para determinar si un particular puede ser sujeto o no del control disciplinario, lo constituye el hecho de que este cumpla o no funciones públicas.*

*(...) 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 pública, con la prestación de servicios públicos*

(...)

*El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a particulares. La función pública se manifiesta a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de autoridad inherente del Estado.*

*(...) 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](#))*

(...)

*(...) Solamente en el caso de que dicha prestación haga necesario el ejercicio de determinadas potestades inherentes al Estado, que hayan sido determinadas en forma expresa por el legislador, al particular encargado de la misma, habrá lugar a la aplicación en su caso de dicho régimen y ello exclusivamente en relación con el ejercicio de dichas potestades.*

*En este orden de ideas, para efectos de control disciplinario será solamente en el caso en que la prestación del servicio público haga necesario el ejercicio de funciones públicas, entendidas como exteriorización de las potestades inherentes al Estado -que se traducen generalmente en señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción -, que el particular estará sometido, en relación con dicho ejercicio, al régimen disciplinario.*

No sobra reiterar que en este supuesto necesariamente la posibilidad de que el particular pueda hacer uso de dichas potestades inherentes al Estado debe estar respaldada en una habilitación expresa de la ley.

En igual sentido, mediante concepto No. PAD C-198-06 de fecha 4 de Julio de 2006, emitido por la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, se concluyó lo siguiente:

*“De otra parte, el estatuto igualmente consagra la posibilidad de que los particulares que ejerzan funciones públicas sean sujetos disciplinables. Presupuesto legal que comprende específicamente a las personas que se reseñan en el artículo 53, que alude a quienes cumplan labores de interventoría, ejerzan funciones públicas (en lo que tiene que ver con éstas), presten servicios públicos a cargo del Estado (los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política) o administren recursos del mismo, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el derecho privado.*

*En relación con este punto, la norma en referencia establece un régimen de inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades; asimismo, determina que sólo responden por las faltas gravísimas allí enunciadas y asigna a la Procuraduría la competencia exclusiva para disciplinarlos (artículos 52 y ss y 75 inciso segundo).*

*Visto los anteriores lineamientos generales, procede determinar en que condiciones se encuentran las personas que son vinculadas a la entidad por intermedio de empresas de servicios temporales; al respecto, cabe señalar que según lo que se tiene entendido, en tales eventos la entidad interesada celebra un contrato de prestación de servicios con estas instituciones para que le suministren el personal necesario para desarrollar algunas funciones, sujetos a las obligaciones derivadas de ese tipo de acuerdos y en virtud de los cuales, el vínculo laboral de quienes así prestan los servicios se genera directamente con las mencionadas empresas, lo que impide que en esos términos puedan considerarse como servidores públicos y estén supeditados al estatuto disciplinario.*

*Sin embargo, al tenor de lo dispuesto en el nuevo código es claro que los particulares que cumplen funciones públicas sí son sujetos de investigación disciplinaria y como quiera que las normas que regulan lo atinente al régimen que se les aplica en este aspecto, no hacen distinción sobre la modalidad que genere la relación de servicio, pues solamente aluden al ejercicio mismo de una actividad que por su naturaleza es de aquellas que corresponde cumplir a la entidad para desarrollar los fines estatales y que por razones administrativas o estructurales se desplaza hacia los particulares, se estima que respecto de quienes son contratados a través de las empresas de servicios temporales, en cada caso habría que verificar si la labor que ejecutan es de naturaleza administrativa o no y de ser así, serían disciplinables en relación con la función que cumplan, en los términos y condiciones previstas en el Código Disciplinario Único vigente a partir del 5 de mayo del presente año.*

(...)

*Es claro que la función pública en sentido amplio es aquella que corresponde desarrollar al Estado para el cumplimiento de los fines que le son propios y que lo hace a través de los distintos organismos que lo conforman; igualmente, esta expresión está referida 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, la función es pues el vínculo entre ésta y el funcionario. Sin embargo, es cierto también que existen un conjunto de actividades o labores que deben ser cumplidas por el Estado para desarrollar sus fines y que se trasladan a manos de particulares, que genéricamente se han denominado funciones públicas, pero que es más apropiado denominarlas funciones administrativas, precisamente para diferenciarlas de las que cumple el servidor propiamente dicho.*

*Sin embargo, se denominen de una u otra manera, 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.*

*En ese orden de ideas es que se ha señalado que el particular que desarrolla funciones de esa naturaleza es sujeto disciplinable, considerados*

así tanto por la Ley 200/95 como por la 734/02, con la diferencia de que el estatuto vigente contempla la reglamentación con la cual es posible estructurarles responsabilidad disciplinaria, al consagrar los deberes, prohibiciones, faltas, sanciones y régimen de inhabilidades e incompatibilidades que les son aplicables; así como del procedimiento y la competencia para su juzgamiento, la que se radicó de manera exclusiva en la Procuraduría.

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 por el ejercicio de las mismas deben responder disciplinariamente; situación que los coloca como sujetos disciplinables al tenor de lo señalado en la Ley 734 de 2002. Obviamente, la anterior interpretación resulta válida mientras no se fije un alcance distinto por parte de la Corte Constitucional frente a las normas del nuevo estatuto'. (C-287/2002)

Ahora bien, como los parámetros para la determinación de lo que constituye función pública están dados por la misma Corporación, se estima que la definición de la calidad de sujeto disciplinable - al derivarse ésta del ejercicio de una función pública que conforme a lo expuesto sólo se presenta excepcionalmente según se evidencien o no cualquiera de las condiciones a que alude la Corte -, no es posible generalizarla a través de un señalamiento previo y único de las actividades que pueden encuadrarse como función pública, pues ello depende de las circunstancias que estructuran cada situación en particular; por lo tanto, corresponderá al respectivo operador disciplinario o funcionario competente para adoptar la decisión pertinente, de acuerdo con las premisas expuestas, fijar la posición en cada caso."

De conformidad con lo anterior, los contratistas de prestación de servicios vinculados con el Estado no son sujetos disciplinables, a menos que con ocasión de la celebración del contrato realicen funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado que permitan el cumplimiento de cometidos estatales, ejerzan la facultad sancionadora del Estado, realicen labores de interventoría o supervisión de contratos estatales o administren recursos públicos.

En consecuencia, solo en la medida en que los contratistas de prestación de servicio ejerzan funciones públicas, son sujetos de acción disciplinaria, evento en el cual la competencia para disciplinarlos radicaría exclusivamente en la Procuraduría General de la Nación, conforme lo dispone el inciso segundo del artículo 754 la Ley 734 de 2002.

Por último, me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://www.funcionpublica.gov.co/eva) en el link Gestor Normativo donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/JFCA

11602.8.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública".
2. Corte Constitucional en Sentencia No. [C-546](#) de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.
3. Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.
4. "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".
5. (Ley derogada a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo [265](#) de la ley [1952](#) de 2019, el plazo de entrada en vigencia de la ley [1952](#) se prorroga por el artículo [140](#) de la ley [1955](#) de 2019.) "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único".

---

*Fecha y hora de creación: 2024-06-30 08:35:04*