



Función Pública

Concepto 466631 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000466631

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000466631

Fecha: 18/01/2022 03:41:09 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Negociadores. Contratista. Radicado: 20212060722792 del 30 de noviembre de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, se aclare el Concepto 20216000354671 de 27 de septiembre de 2021 en el sentido de reconsiderar la elección de contratista como negociadores elegidos por la entidad empleadora para acudir en su representación a la negociación colectiva. Atentamente, nos permitimos manifestarle lo siguiente:

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

De acuerdo con el Decreto [1072](#) de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo, en el capítulo 4 regula lo concerniente a la negociación colectiva, en el artículo [2.2.2.4.1](#) sobre el campo de aplicación, establece:

ARTÍCULO [2.2.2.4.1](#). *Campo de aplicación.* El presente capítulo se aplicará a los empleados públicos de todas las entidades y organismos del sector público, con excepción de:

1. Los empleados públicos que desempeñen empleos de alto nivel político, jerárquico o directivo, cuyas funciones comporten atribuciones de gobierno, representación, autoridad o de conducción institucional, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas públicas;
2. Los trabajadores oficiales;
3. Los servidores de elección popular o los directivos elegidos por el Congreso o corporaciones territoriales,

y,

4. El personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. (Destacado nuestro)

De acuerdo a lo anterior, las disposiciones previstas en materia de negociación colectiva solo son aplicables a los empleados públicos; es decir, aquellos que cuentan con vínculo laboral legal y reglamentario (art. 2.2.2.4.3). De igual manera, las autoridades públicas competentes son aquellas investidas por la Constitución Política y la ley de atribuciones en materia de fijación de condiciones de empleo.

El mismo capítulo, sobre las reglas de la negociación, entre otras, las partes deben designar a los negociadores, quienes se presumen investidos de la representatividad suficiente para negociar y acordar de acuerdo a las competencias atribuidas por la Constitución y la ley, las garantías necesarias para la negociación (artículo 2.2.2.4.9).

Así mismo, el artículo 2.2.2.4.10 establece la competencia de la entidad y autoridad pública competente a quien se le haya presentado pliego, entre otros, informar por escrito los nombres de sus negociadores y asesores, dentro de los 2 días siguientes a la presentación del pliego de solicitudes.

De otra parte, respecto al alcance del contrato de prestación de servicios precisamos lo siguiente:

La Constitución Política de 1991 frente al ejercicio de funciones públicas por particulares, 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 a la regulación de su ejercicio se determina de acuerdo con la ley.

Entre otros particulares que desempeñan funciones públicas son los contratistas por orden de prestación de servicios definidos por la Ley 80 de 1993, artículo 32, numeral 3, como: *"(...) 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".

Por su parte, la Ley 1150 de 2007, artículo 2°, numeral 4, literal h) sobre las modalidades de selección como la contratación directa establece que esta, entre otros, procede: *"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".*

Conforme a la normativa en mención, los contratos por orden de prestación de servicios permiten a las entidades estatales desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad cuando estas no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. No obstante, dichos contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad en cuanto su vinculación jurídica con la entidad contratante no es una investidura pública. Por el contrario, 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. Sin embargo, se tiene que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma autorizada por la ley de atribuir funciones públicas a un particular.

Sobre el tema, a efectos de dar claridad sobre el concepto de función pública y servicio pública resulta procedente citar la Sentencia de la Corte Constitucional C-037 de 2003 en la cual se concluye:

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 funciones 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.) 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*.

(...)

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.

(...)

Así las cosas, la noción de función pública atañe 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).

(...)

En ese marco de corresponsabilidad y de cooperación entre el Estado y los particulares, la Constitución establece la posibilidad de que éstos participen en el ejercicio de funciones públicas. Así, el artículo 123 señala que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, al tiempo que el artículo 210 constitucional señala que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

En este orden de ideas, de acuerdo con la Alta Corte, uno es el ejercicio de función pública y otro la prestación de servicios públicos. En cuanto,

el primero, se deriva de las funciones atribuidas a las entidades del estado por la Constitución y la ley; y, el segundo de permitir la temporalidad de ejercer funciones públicas y funciones administrativas según las condiciones previstas en la ley.

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejeros Ponentes: Enrique José Arboleda Perdomo y Gustavo Aponte Santos, fecha: 4 de noviembre de 2004, radicación núm. [1.592](#), sobre el ejercicio de funciones administrativas por particulares, refiere:

El ejercicio de funciones administrativas por un particular hace parte de la llamada descentralización por colaboración, de acuerdo con lo establecido por el inciso primero del artículo 210 de la Constitución y los artículos 110 a 114 de la ley 489 de 1998, e implica el ejercicio de potestades públicas a favor de terceros (usuarios de los servicios). Utilizando nuevamente la terminología del contrato de suministro, el consumidor de tales servicios son terceros al contrato, llámense usuarios del servicio, administrados, etc. Este contrato (que a juicio de la Sala es un tipo especial de concesión) se caracteriza porque tiene efectos hacia terceros, que son los destinatarios de la función pública atribuida al contratista particular.

El procedimiento que se debe seguir está regulado por la ley 489 de 1998, para lo cual se debe expedir por parte de la entidad, un acto administrativo que determine las funciones específicas, las condiciones y término de su ejercicio, las calidades, requisitos y garantías que deben presentar las personas naturales o jurídicas privadas que aspiren a desarrollarlas, su remuneración, y celebrar luego un convenio con el particular, seleccionado mediante un procedimiento de convocatoria pública.

La entidad pública transfiere algunas de sus funciones por un tiempo determinado, al particular, el cual asume la responsabilidad consiguiente y las debe desarrollar autónomamente, de acuerdo con la normatividad aplicable a la actividad de que se trate, y con sujeción a los controles de ésta ejercidos por parte de los organismos competentes, y los de la entidad otorgante.

De acuerdo al pronunciamiento jurisprudencial, el ejercicio de funciones administrativas por parte de particulares tiene incidencia sobre terceros destinatarios de la función pública; así, el hecho de ser parte de la negociación colectiva como negociador cumple esta definición en particular por cuanto, esta es para y por los empleados públicos. En otras palabras, el acuerdo final derivado de la negociación tiene como únicos destinatarios a quienes tienen vinculación legal y reglamentaria, conforme a lo establecido por los artículos 2.2.2.4.1 y 2.2.2.4.3, numeral 5 del Decreto 1072 de 2015.

Adicional a lo expuesto, acorde con la Constitución Política los particulares pueden cumplir funciones administrativas según las condiciones señaladas en la ley (artículo 210 Constitución Política). El artículo 365 ibídem establece que *“los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”*.

Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C- 866 de 1999, al analizar la exequibilidad de los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998, expuso lo siguiente: *“No sólo la Constitución puede restringir la atribución de ciertas funciones administrativas a los particulares, sino que también la ley puede hacerlo. En efecto, si el constituyente dejó en manos del legislador el señalar las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares, debe entenderse que el mismo legislador tiene atribuciones para restringir dicho ejercicio dentro de ciertos ámbitos. Así, por ejemplo, la propia ley demandada en esta causa, en aparte no acusado, indica que, si bien ciertas funciones administrativas son atribuibles a los particulares, ‘el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función’*.

En otra oportunidad, el Alto Tribunal Constitucional hace referencia a tres supuestos a través de los cuales se atribuye la función administrativa, tales como:

a) La atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización de origen privado. b) La previsión legal, por vía general de autorización a las entidades o autoridades públicas titulares de las funciones administrativas para atribuir a particulares (personas jurídicas o personas naturales) mediante convenio, precedido de acto administrativo el directo ejercicio de aquellas; debe tenerse en cuenta como lo ha señalado la Corte que la mencionada atribución tiene como límite ‘la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga’. Este supuesto aparece regulado, primordialmente, por la Ley 489 de 1998, artículos 110 a 114 tal como ellos rigen hoy luego del correspondiente examen de constitucionalidad por la Corte. c) Finalmente en otros supuestos para lograr la colaboración de los particulares en

el ejercicio de funciones y actividades propias de los órganos y entidades estatales se acude a la constitución de entidades en cuyo seno concurren aquellos y éstas. Se trata, especialmente de las llamadas asociaciones y fundaciones de participación mixta acerca de cuya constitucionalidad se ha pronunciado igualmente esta Corporación en varias oportunidades.

Sobre el presupuesto legal, la Ley 489 de 1998 en su artículo 110 prevé las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por particulares. Resaltando que el ejercicio de la misma, en todo caso, se confiere por acto y convenio administrativo según los requisitos y procedimientos establecidos en el artículo 111 de la citada Ley 489.

-
Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al referirse sobre el régimen jurídico del contrato de prestación de servicios en un acápite titula: *“Los contratos estatales de prestación de servicios no pueden incorporar el ejercicio de funciones administrativas”* y, lo desarrolla bajo los siguientes argumentos:

El artículo 32.3. de la Ley 80 de 1993, señala que el contrato de prestación de servicios se celebra para el desarrollo de actividades que se encuentren relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Esta expresión parece indicar que se puede adelantar cualquier tarea sin restricción, encomendada o relacionada con el obrar administrativo.

Bajo una interpretación literal de esta premisa, sería viable incorporar actividades propias de las plantas de personal, incluso aquellas que implican el ejercicio de prerrogativas de poder, en virtud a que la creación de estos empleos públicos se encaminan también a asegurar el cumplimiento de objetivos institucionales.

Sin embargo, tanto la Corte Constitucional como la Sección Tercera y la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado han sido claras en señalar que los contratos de prestación de servicios no pueden incorporar el ejercicio de funciones administrativas y de prerrogativas o potestades propias de la entidad estatal.

Es precisamente este carácter restringido, excepcional y alternativo el que conduce a la Sala a afirmar que el contratista de prestación de servicios (sea persona natural o jurídica) no adelanta funciones de carácter administrativo, pues las prestaciones por éste desplegadas no se traducen en el ejercicio mismo de las competencias administrativas atribuidas a la entidad por el ordenamiento jurídico sino en una colaboración o apoyo en su cumplimiento.

En el mismo sentido, en la doctrina española, el contrato de prestación de servicios no implica el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.

En efecto, estos contratos tienen por objeto, las prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro, esto es, la realización de servicios diversos, que no impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. Estas actividades pueden ser de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, servicios complementarios para el funcionamiento de la Administración, servicios de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones y programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración y de libre utilización por la misma, etc.

Ahora bien, desde esta perspectiva las tareas de apoyo a la gestión de la entidad, en la medida en que comprendan actividades relacionadas con el funcionamiento de la entidad, el cumplimiento de sus funciones y el logro de sus fines, bien pueden ser el objeto de un contrato de prestación de servicios. En otros términos, es de la esencia de este contrato servir de instrumento de apoyo o colaboración para que la entidad cumpla sus funciones, obteniendo en su beneficio el desarrollo de actividades que tengan un nexo causal claro o correlación con las tareas que tiene asignadas la entidad.

La Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la procedencia de contrato de prestación de servicios en la medida que incorporen labores de apoyo y coordinación en la función administrativa a cargo de la entidad estatal.

Agregando a lo anterior, el Consejo de Estado en una fecha anterior, declaró la nulidad absoluta de contratos por orden de prestación de servicios a quienes se les atribuyeron funciones administrativas, en este caso sobre el cobro coactivo, teniendo en cuenta que en este caso: *“La atribución de funciones administrativas no será posible si la competencia del funcionario administrativo resulta vaciada de contenido por el particular, es decir, si la administración es reemplazada totalmente en su función.*

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, como los acuerdos derivados de la negociación colectiva sólo son aplicables a los empleados públicos, las disposiciones en materia de designación de negociadores por parte del empleador no excluyen a los contratistas. Sin embargo, y como tal competencia deriva en el ejercicio de funciones administrativas por cuanto, el acuerdo final producto de la negociación colectiva tiene como destinatarios a los empleados públicos; máxime cuando, conforme a la jurisprudencia previamente descrita, el ejercicio de este tipo de funciones no es posible atribuirles a los contratistas por orden de prestación de servicios. En este sentido, en este marco sólo es procedente la inclusión de particulares que cumplan funciones públicas cuando tal designación derive de las condiciones, requisitos y procedimiento determinado en los artículos 110 y siguientes de la Ley 489 de 1998.

En consecuencia, se reitera el Concepto 20216000354671 del 27 de septiembre de 2021 en el sentido que los contratistas por orden de prestación de servicios no pueden ser negociadores de acuerdo a las precisiones del presente.

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva, en el botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en la web <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa expedida por el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el COVID-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Maia Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública»
2. «Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos»
3. Corte Constitucional, Sentencia C-563 de 1998. Magistrados Ponentes: Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.
4. «Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones»
5. Consejero Ponente: Édgar González López, Fecha: 5 de septiembre de 2018, Radicación núm. 11001-03-06-000-2018-00124-00(2386), Actor: Ministerio del Interior.
6. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 8 de junio de 2011, Radicación núm. 2014-00540.
7. En especial. Corte constitucional Sentencias C-866 de 1999 y C.702 de 1999, las cuales se refirieron a la exequibilidad e inexequibilidad de algunos apartes de la Ley 489 de 1998 relacionados con los requisitos consagrados en la ley para que los particulares puedan ejercer funciones administrativas.
8. Entre otras, Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 8 de julio de 2011. Esta sentencia se refiere a la prohibición para que particulares puedan ejercer las funciones administrativas de recaudo y cobro coactivo de las sanciones impuestas en el sector de tránsito. Asimismo, sobre la ilegalidad de pactarlas mediante un contrato de prestación de servicios.

En igual sentido. Sección Tercera. Sentencia del 8 de junio de 2011, en la cual se señala que el contratista de prestación de servicios no adelanta funciones de carácter administrativo, sino solo de colaboración y apoyo. Por ello, no puede atribuírsele la facultad del cobro coactivo en la imposición de tributos.
9. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 8 de junio de 2011, Rad. 2014-00540.
10. Artículo 10 de la LCSP
11. GARCIA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ. Decimosexta Edición. Thomson Reuters. pág. 783.
12. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, sentencia de 17 de mayo de 2007, Radicación No. 4100123310002004 (AP00369) 01, Actor: Diego Omar Pérez Salas, Demandados: Municipio de Neiva y Consocial Consultores Ltda., Referencia: Acción Popular.

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:55:23