



## Concepto 254151 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000254151\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000254151

Fecha: 14/07/2022 11:20:59 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. EMPLEOS. Funciones públicas. ¿El ejercicio de las actividades como supervisor de contratos e interventoría de contratos conllevan el ejercicio de funciones públicas? RAD: 20229000356192 de fecha 12 de julio de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si ejercicio de las actividades como supervisor de contratos e interventoría de contratos conllevan el ejercicio de funciones públicas, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

1.- En relación con el ejercicio de funciones públicas la Constitución Política determina, entre otras, determina lo siguiente:

ARTÍCULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

(...)

ARTÍCULO 267. La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley..."

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política, entre otras, la administración de justicia, la vigilancia y el control fiscal son función pública.

De otra la misma Carta Política determina en relación con el ejercicio de funciones públicas lo siguiente:

ARTÍCULO 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."

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez, en sentencia con radicado número: ACU-1016 del 18 de noviembre de 1999, determinó la diferencia entre función pública y servicio público, así:

“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.

(...)

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 (...). (Subraya fuera de texto)

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”

Conforme lo señala el Consejo de Estado, función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines (Defensa Nacional, Administración de Justicia, Vigilancia y Control etc) y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, la ejercen los particulares.

Desde el mismo artículo 123 de la Constitución Política advirtió el constituyente que el desempeño de funciones públicas puede estar a cargo de los servidores públicos o de los particulares, distinguiéndose los unos de los otros en que, por ejemplo, los servidores públicos lo hacen de manera permanente, en tanto que los particulares lo hacen en forma temporal o transitoria, e igualmente porque dentro de la categoría servidores públicos quedan comprendidos “los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”, mientras que los particulares prestan el servicio, con apego a unas precisas funciones públicas que le han sido temporalmente asignadas, como así lo indica el artículo 116 de la Constitución frente a quienes son “investidos transitoriamente de la función de administrar justicia”.

De acuerdo con lo expuesto, se considera que las actividades consideradas como función pública son todas aquellas ejercidas 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, siempre que, en el último caso, exista una norma que lo habilite para el efecto.

2.- Ahora bien, frente al particular, al Corte constitucional mediante Sentencia C-563 de 1998 Magistrados Ponentes Dr. Antonio Barrera Carbonell y Dr. Carlos Gaviria Díaz, en revisión de Constitucionalidad del entonces artículo 53 de la Ley 734 de 2002, relevante por el estudio realizado a la norma y las conclusiones del caso, en relación con el tema objeto de su consulta manifestaron lo siguiente:

“FUNCION PUBLICA-Noción amplia y restringida

En sentido amplio la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza 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. En un sentido restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que esta investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento.

RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DE CONTRATISTA, CONSULTOR, INTERVENTOR Y ASESOR-Que participen en procesos de contratación

Realmente no encuentra la Sala que la norma del art. 53, en materia de responsabilidad de los diferentes tipos de contratistas agregue algo nuevo a la noción general de responsabilidad que para todo contratista se deriva del art. 52 de la ley 80/93, porque examinada aquélla se observa que la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores, se deduce, como es apenas lógico y normal del cumplimiento o no de sus obligaciones contractuales y de las acciones y omisiones antijurídicas en que estos puedan haber incurrido en la celebración y ejecución de los correspondientes contratos.

REGIMEN DISCIPLINARIO-No puede ser aplicable a particulares/REGIMEN DISCIPLINARIO-Destinatarios/REGIMEN PENAL-Destinatarios

Es conveniente precisar y reiterar que el artículo demandado asimila la conducta del particular a la de un servidor público sólo para efectos penales: otro tipo de responsabilidad derivada de la actuación oficial, como la disciplinaria, se continúa predicando con exclusividad de los funcionarios, que tienen con el Estado una relación legal y reglamentaria. Sobre el punto la Corte ha insistido repetidamente que el régimen disciplinario no puede ser aplicado a los particulares que prestan sus servicios al Estado, pues en esos casos no se presenta una relación de sujeción o supremacía entre la Administración y la aludida persona. Este régimen, sólo puede ser aplicado a los servidores públicos. No sucede lo mismo en materia penal, pues toda persona, sin importar si es servidor público o particular debe responder por infringir la Constitución o la ley. La competencia para establecer el grado de responsabilidad que se deriva de la conducta desplegada por los particulares o los funcionarios públicos, corresponde al legislador y mientras ésta no sea desproporcionada o exagerada en relación con el interés que se pretende proteger, válido a la luz de la Constitución, no puede existir reproche alguno de constitucionalidad.

(...)

3. La solución del problema.

3.1. La ley 80 establece una clasificación propia de los sujetos que contratan a nombre del Estado bajo la denominación común de "entidades estatales". Dentro de este concepto incorpora tanto a organismos dotados de personería jurídica, como a otros que carecen de este atributo, pero que, sin embargo, tienen capacidad contractual, es decir, gozan de la facultad de celebrar contratos e intervenir en su ejecución, si bien los derechos y las obligaciones que adquieren y la responsabilidad que pueda corresponderles, se radican en el respectivo sujeto de imputación jurídica, vgr. Nación (art. 2, ordinal 1° Ley 80 de 1993).

3.2. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública identifica a los "servidores públicos", como las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a "las entidades estatales", con "excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor, o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos", así como a "los miembros de las corporaciones públicas que tienen capacidad para celebrar contratos en representación de éstas (art. 2, ordinal 2°).

3.3. Los contratistas, conforme a dicho estatuto, son las personas naturales o jurídicas, privadas o públicas, que asumen la ejecución de una labor o actividad, o que deben asumir la realización de una determinada prestación, según las especificidades del objeto del contrato, a cambio de una contraprestación.

3.4. La ley, atendiendo a la identificación y naturaleza de los sujetos que participan en el proceso de la contratación y la necesidad de realizar su objeto, establece las actividades que cada uno de ellos debe cumplir dentro del referido proceso.

Igualmente la ley delimita el campo de las responsabilidades que les corresponden a las entidades estatales, a los servidores públicos y a los

contratistas, en armonía con los preceptos de la Constitución (art. 6, 90, 124 y 209), originadas en sus acciones u omisiones, cuando quiera que éstas irrogan perjuicios a cualquiera de los sujetos de la relación contractual.

3.5. Según la ley 80 los servidores públicos "responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas", lo cual se traduce en las formas de responsabilidad disciplinaria, civil y penal (arts. 26-2, 51). Estas son acumulables, es decir, pueden concurrir dentro de ciertas circunstancias.

3.6. 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 de la prestación oportuna y eficaz de los cometidos públicos a cargo del Estado.

Según la idea que fluye del art. 123 de la Constitución, servidor público es 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, así como las personas vinculadas al Estado mediante relaciones laborales especiales, según lo determine el legislador (C.P. arts. 123 y 125).

Los particulares pueden ejercer funciones públicas, en forma temporal o permanente, como se deduce de los artículos 123, inciso tercero y 210, inciso segundo. No resulta exótico, por lo tanto, que el legislador califique de servidores públicos a los particulares que desarrollan funciones públicas, aun cuando no por ello se les deba encajar necesariamente dentro de las mencionadas especies constitucionales, es decir, miembro de corporación pública, empleado o trabajador oficial, porque el legislador puede establecer diferentes categorías de servidores públicos.

Lo que coloca al particular en la situación de servidor público, no es concretamente el vínculo que surge de la relación, importante o no, con el Estado, sino de la naturaleza de la función que se le atribuye por ministerio de la ley, la cual fija la índole y alcance de la relación jurídica.

3.7. En sentido amplio la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza 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.

En un sentido restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que esta investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento (C.P. art. 123 ).

El funcionario o empleado, al vincularse al servicio, adquiere una investidura que lo coloca en una relación de dependencia con el Estado, la cual determina que pueda exigírsele, en razón de su conducta, un grado específico de responsabilidad. De este modo, cuando incumple sus deberes o incurre en conductas prohibidas, debe acarrear con las cargas y consecuencias de orden patrimonial, disciplinario, e inclusive penal.

Situación parecida se presenta con el trabajador oficial, con algunas variables derivadas de la naturaleza de la relación contractual.

3.8. La comunidad de ideales y de problemas que comparten y afrontan el Estado y la sociedad civil ha determinado la búsqueda de soluciones comunes a las necesidades colectivas, donde el esfuerzo mancomunado y creativo tiende a reemplazar las oposiciones y diferencias, que antes eran naturales.

Es dentro de la anterior concepción, como se ha hecho posible la colaboración de los particulares en el desempeño de ciertas funciones o actividades públicas, sin que éstas ni el sujeto que las ejecuta se desnaturalicen.

En este sentido ha señalado la Corte:[2]

“De allí resulta que, sin desconocer la libertad de las personas en su iniciativa y en sus actividades económicas y laborales, la Constitución haya previsto formas de vinculación de los particulares a la gestión de intereses y asuntos públicos sin que en virtud de ella pierdan su condición privada”.

3.9. Cuando se asigna al particular el cumplimiento de una función pública, éste adquiere la condición de un sujeto cualificado, en la medida en que se amplifica su capacidad jurídica, sin que por ello deje de ser un particular. Sin embargo, en este evento su situación jurídica se ve afectada en virtud de las responsabilidades que son anejas a quien cumple funciones de la indicada naturaleza.

Con todo, es necesario tener en cuenta que no toda relación con el Estado genera de hecho o de derecho la situación prevista en el supuesto anterior, porque la asignación de funciones es una atribución reservada a la ley y ello no podrá ocurrir sino en los casos en que ella misma lo

determine, desde luego con arreglo a la Constitución.

La Corte ha señalado los eventos en que es posible la asignación de funciones públicas, precisando que el ejercicio de éstas no puede estar al margen de los controles públicos, ni supeditado a consideraciones subjetivas, pues su valoración no atiende a la condición de quien la ejerce, sino a su materialidad. Así anotó[3]:

“Así lo contemplan, entre otras normas, los artículos 2, 116, 123, 131, 221 (1 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”

“Desde luego, tal ejercicio de funciones públicas no puede estar despojado de los necesarios controles ni hallarse exento de las responsabilidades que en sí mismo implica”.

“En los señalados eventos, el fundamento de la responsabilidad del particular es material .... ya que ni una ni otra atienden al estado o condición de quien actúa sino a la función pública que le ha sido encomendada y al interés, también público, que a ella es inherente”.

3.10. Las razones precedentes obligan a un cuidadoso examen de la situación atinente a la responsabilidad de los contratistas.

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 el 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.

3.11. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte entra a pronunciarse en concreto sobre los cargos de la demanda, así:

a) En relación con la responsabilidad del contratista, es necesario señalar que la ley 80 lo somete a un tratamiento particular, al punto que le atribuye valoraciones diferentes en consideración al papel que juega en la actividad contractual que, desde luego, determina tratamientos diferentes.

En primer término, se designa al contratista como receptor de los atributos predicables de todos los sujetos que concurren a prestar su colaboración al Estado, a través de los diferentes tipos de contratos, pero igualmente, se le cobija bajo un régimen único de responsabilidad (art. 52).

Luego la ley se refiere en particular a tres tipos de contratistas, los consultores, interventores y asesores externos para señalarles las mismas responsabilidades, es decir, de tipo civil y penal, derivadas de la ejecución de sus obligaciones contractuales (art. 53).

Realmente no encuentra la Sala que la norma del art. 53, en materia de responsabilidad de los diferentes tipos de contratistas agregue algo

nuevo a la noción general de responsabilidad que para todo contratista se deriva del art. 52 de la ley 80/93, porque examinada aquélla se observa que la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores, se deduce, como es apenas lógico y normal del cumplimiento o no de sus obligaciones contractuales y de las acciones y omisiones antijurídicas en que estos puedan haber incurrido en la celebración y ejecución de los correspondientes contratos.

La Constitución es portadora de los principios sobre los cuales se asienta la responsabilidad penal y civil por la conducta irregular o delictuosa de las personas, al establecer las reglas superiores que expresamente la sustentan, al señalar en el preámbulo los fundamentos del orden constitucional, y al determinar entre los principios orientadores del Estado los de garantizar la vida de sus integrantes, la convivencia, la justicia y la igualdad, y los derechos y deberes consagrados en la Constitución, y entre estos últimos, los de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.

Al respecto dijo la Corte lo siguiente[4]:

"En concepto de la Corte, estos presupuestos de rango constitucional da un fundamento jurídico no sólo a la potestad reglada del Estado para exigir de los sujetos comprometidos en el hecho punible la responsabilidad punitiva que les quepa, sino para promover con medidas coactivas la sanción de la conducta penalmente reprochable; pero además, dentro de este marco jurídico de rango constitucional, también queda comprendida la competencia del legislador para atribuir a los jueces la facultad de exigir de los comprometidos en la conducta punible la responsabilidad civil que quepa, no solo al autor en sus distintas modalidades, sino al llamado, conforme con la ley sustancial, a responder por otro".

(...)

"Igualmente, el artículo 95 de la Constitución establece como deberes de las personas el de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, la obligación de cumplir la Constitución y las leyes, en concordancia con el artículo 6o. que impone la responsabilidad legal de las personas al señalar que "los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".[5]

En la exposición de motivos del proyecto que luego se convirtió en la ley 80/93, se justificó la responsabilidad de los particulares contratistas, así como la de los consultores, interventores y asesores, en el sentido de que éstos "deberán responder civil y penalmente por las conductas dolosas o culposas en que incurran en su actuar contractual, tales como el participar en un proceso de selección a pesar de tener conocimiento de la inexistencia de autorizaciones para su ejecución, cuando suscriban el contrato no obstante conocer las circunstancias de inhabilidad o de incompatibilidad en que se hallan incursos; cuando no adopten las medidas o decisiones necesarias para iniciar el contrato en la época prevista o pactada; por obstaculizar las labores o actividades de vigilancia del contrato, así como cuando entregue bienes o preste servicios de calidad o especificaciones diferentes, o cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato, entre otros casos"[6]

Por lo anterior, no encuentra la Corte motivo alguno de inconstitucionalidad en las normas de los artículos 52 y 53 de la ley 80/93, en lo relativo al establecimiento de responsabilidad civil y penal de los contratistas, consultores, interventores y asesores externos. Por consiguiente, serán declarados exequibles.

(...)

Ahora bien: en contra de lo afirmado por el demandante, es claro que a dichos sujetos no se les está elevando a la categoría de servidores públicos, ni desconociendo su condición de particulares. Simplemente el legislador, como autoridad competente para definir la política criminal, ha considerado que la responsabilidad penal de las personas con las cuales el Estado ha celebrado contratos para desarrollar una obra o cometido determinados, debe ser igual a la de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, o la de funcionarios al servicio de entidades descentralizadas territorialmente 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 mayor responsabilidad que adquiere el particular cuando interviene en los contratos estatales, ya ha sido objeto de análisis por parte de esta Corporación:

"...a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden

jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse -se repite- en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo".<sup>[7]</sup>

Algo más: es conveniente precisar y reiterar que el artículo demandado asimila la conducta del particular a la de un servidor público sólo para efectos penales; otro tipo de responsabilidad derivada de la actuación oficial, como la disciplinaria, se continúa predicando con exclusividad de los funcionarios, que tienen con el Estado una relación legal y reglamentaria.

Sobre el punto la Corte ha insistido repetidamente que el régimen disciplinario no puede ser aplicado a los particulares que prestan sus servicios al Estado, pues en esos casos no se presenta una relación de sujeción o supremacía entre la Administración y la aludida persona. Este régimen, sólo puede ser aplicado a los servidores públicos, porque la posición de éstos "en el aparato estatal, como ente físico que actualiza la tarea del Estado, comporta una serie de obvias obligaciones especiales de aquel con éste, llamadas a mantener el orden interno de la organización y el logro de los objetivos estatales. Así las cosas, un elemento esencial que define al destinatario de la potestad disciplinaria es la existencia de una subordinación del servidor público para con el Estado".<sup>[8]</sup>

De lo señalado por la Corte, es posible manifestar que, la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113 Superior) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

En un sentido restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado (servidores públicos).

Por lo anterior, señala la Corte, el empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que esta investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento y por ello lleva consigo el ejercicio de funciones públicas.

Ahora bien, de acuerdo con la Corporación, es necesario tener en cuenta que no toda relación con el Estado genera de hecho o de derecho la situación prevista en el supuesto anterior, porque la asignación de funciones es una atribución reservada a la ley y ello no podrá ocurrir sino en los casos en que ella misma lo determine, desde luego con arreglo a la Constitución.

La Corte ha señalado los eventos en que es posible la asignación de funciones públicas, precisando que el ejercicio de éstas no puede estar al margen de los controles públicos, ni supeditado a consideraciones subjetivas, pues su valoración no atiende a la condición de quien la ejerce, sino a su materialidad.

Concluye manifestando que, 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.

Por lo anterior se ratifica el concepto según el cual, se considera que las actividades consideradas como función pública son todas aquellas ejercidas 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, siempre que, en el último caso, exista una norma que lo habilite para el efecto.

3.- Ahora bien, en relación con la supervisión de contratos y la interventoría de contratos, se considera importante tener en cuenta que la Ley 1474 de 2011<sup>1</sup>, en su artículo 83 los define en los siguientes términos:

ARTÍCULO 83. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la

complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual, en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.

El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal.

PARÁGRAFO 10. En adición a la obligación de contar con interventoría, teniendo en cuenta la capacidad de la entidad para asumir o no la respectiva supervisión en los contratos de obra a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los estudios previos de los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, se pronunciarán sobre la necesidad de contar con interventoría.

PARÁGRAFO 20. El Gobierno Nacional reglamentará la materia". (Subraya nuestra)

De acuerdo con la norma transcrita, se establece la diferencia entre la supervisión e interventoría. En los términos anotados la supervisión la realizará directamente la entidad estatal a través de sus servidores públicos cuando no requiera conocimientos especializados.

No obstante, cuando lo amerite el respectivo caso, podrá contratar personal de apoyo, para que le brinde el soporte requerido al supervisor del contrato a través de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con el objeto de realizar adecuadamente su labor de supervisión.

Por su parte, la interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen.

#### 4.- Conclusiones.

De acuerdo con lo expuesto y con el fin de dar respuesta a su consulta, se considera pertinente manifestar que como quiera que la supervisión de contratos los efectúa la entidad pública por medio de sus servidores públicos, es considerada como función pública, en razón a que como lo determina la Corte, las actividades ejercidas por los empleados, funcionarios o trabajadores oficiales, perse, conllevan el ejercicio de una función pública.

De otra parte, debe recordarse que el ejercicio de funciones públicas por parte de particulares debe ser estar precedida, autorizada o facultada por una ley de República que así lo determine, en consecuencia, y como quiera que la interventoría es considerada como el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la entidad pública, y en la medida que no se evidencia una norma que determine o faculte que la interventoría es una actividad que conlleve el ejercicio de funciones públicas, en principio, se colige que el ejercicio de interventoría no conlleva funciones públicas.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid 19, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó. Harold Herreño

Revisó: Maia Borja



Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

1 Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:56:59