**CONTRATO DE CONCESIÓN ‒ Noción – Objeto – Características**

El contrato de concesión ha sido tradicionalmente uno de los contratos estatales paradigmáticos, ya que a través de él las Entidades Públicas reciben el apoyo de los particulares para el cumplimiento de los fines del Estado, permitiendo que aquellos exploten, operen, organicen, construyan, conserven o gestionen un determinado bien o servicio de propiedad estatal, en la medida de lo posible con sus propios recursos privados y con la oportunidad de recuperar su inversión durante el plazo del contrato.

**ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Formas de colaboración**

Con fundamento en dicha noción, el legislador estableció que, cuando se den los presupuestos de la Ley 1508 de 2012, la concesión sería el medio por el cual se contratarían estas colaboraciones público-privadas, es decir, como un mecanismo a través del cual el sector privado participaría en la gestión pública, representada en la ejecución de actividades de infraestructura o de otros servicios, vinculando capital, conocimientos y experiencia, así como un mayor riesgo que el que ordinariamente se asume en otras tipologías contractuales. Esta idea se consagró en el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012, que expresa que: *“Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas”.*

**CONTRATO DE CONCESIÓN ‒ Función Pública**

De acuerdo con las sentencias anteriormente citadas, para establecer si las concesiones ejercen función pública, es necesario verificar la naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por aquél, en cuanto las funciones públicas se manifiestan como la exteriorización de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo la expedición de actos unilaterales, que deciden situaciones que afectan a terceros o la imposición coercitiva de una decisión a un tercero.

Bogotá D.C., 21 de agosto de 2024

Interfaz de usuario gráfica

Descripción generada automáticamente

Señor

**Santiago Amaya Palomar**

Ciudad

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C- 098 de 2024** |
| **Temas:** | CONTRATO DE CONCESIÓN ‒ Noción – Objeto – Características / ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Formas de colaboración / CONTRATO DE CONCESIÓN ‒ Función Pública |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta con radicado No. P20240617006139 |

Estimado señor Amaya:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 17 de junio de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

“1. ¿Cuál interpretación debe aplicarse al artículo 56 de la ley 80 de 1993, la “especial dada en la sentencia C-563 de 1998 donde se estudió la constitucionalidad del propio artículo, o la posterior establecida en la sentencia C-037 de 2003?

2. ¿La interpretación cambia en los contratos de concesión de construcción de infraestructura vial?

3. ¿La interpretación cambia en los contratos de concesión celebrados en vigencia de la Ley 105 de 1993?”.

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídicos: ¿En el marco de un contrato de concesión, el concesionario ejerce función pública y, en consecuencia, sobre él recaen las mismas responsabilidades que sobre el servidor público?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| El artículo 4 de la Ley 489 de 1998 establece que la función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la [Constitución Política](https://go.vlex.com/vid/42867930?fbt=webapp_preview&addon_version=6.8). En ese orden de ideas, los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general.  En concordancia con lo anterior, el **artículo 5 de la mencionada Ley, señala que** los organismos y entidades administrativas deberán ejercer con exclusividad las potestades y atribuciones inherentes, de manera directa e inmediata, respecto de los asuntos que les hayan sido asignados expresamente por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo. En consecuencia, el servicio público que presta la Entidad Estatal podrá ser prestado a través de la descentralización por colaboración mediante un operador privado o público que entra a realizar las obligaciones que la Entidad Estatal está obligada a desarrollar de acuerdo a su naturaleza jurídica.  En ese orden de ideas, la entidad puede, cuando la necesidad así lo exija, entregar mediante *contrato o convenio de concesión* la operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden[[1]](#footnote-2).    De acuerdo a la definición dada por el legislador frente al contrato de concesión es necesario precisar que recae sobre un servicio público, el cual hace parte de la función administrativa o pública del Estado. Ahora bien, el servicio público y la función pública que se presta varía de acuerdo a la naturaleza jurídica tanto del servicio prestado como de la Entidad Pública obligada a prestarlo directamente, pero que por circunstancias justificadas traslada indirectamente su prestación a un contratista que, en calidad de particular, presta una función pública si es un privado. Caso contrario, si es otra Entidad Pública la encargada de operarlo, también sigue siendo un servicio público, prestado por una Entidad Pública que está sujeta a la función pública.    De igual manera, es necesario precisar que el artículo 3 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – en adelante EGCAP – define el servicio público como: “los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquéllos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines”.  La prestación de los servicios públicos constituye una de las actividades clásicas de la administración pública. Entendiéndose el servicio público como un conjunto de actividades con carácter no autoritario y de interés general prestadas por la Administración Pública o los particulares, cuyo desarrollo es responsabilidad de la Administración Pública y por consiguiente sujetos a un régimen jurídico especial[[2]](#footnote-3). En concordancia con lo anterior, encontramos que la teoría del servicio público lo clasifica en servicios públicos domiciliarios y no domiciliarios, o servicios públicos fundamentales, por lo que en todo caso su operación es continua y permanente y en ningún caso se permite su paralización, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 3.    En ese sentido, las concesiones prestan un servicio público cuando este es el objeto del contrato. De igual manera, estas hacen uso de las prerrogativas propias del Estado en, virtud del mandato de descentralización por colaboración, puesto que el carácter de concesionario, o administrador delegado de la prestación del servicio público a cargo del Estado, el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos son actividades que permiten dicho ejercicio.  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 fiscales, civiles, penales, disciplinarios, según lo disponga el legislador. |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

* El contrato de concesión ha sido tradicionalmente uno de los contratos estatales paradigmáticos, ya que a través de él las Entidades Públicas reciben el apoyo de los particulares para el cumplimiento de los fines del Estado, permitiendo que aquellos exploten, operen, organicen, construyan, conserven o gestionen un determinado bien o servicio de propiedad estatal, en la medida de lo posible con sus propios recursos privados y con la oportunidad de recuperar su inversión durante el plazo del contrato. En tal sentido, el artículo 32, numeral 4º, de la Ley 80 de 1993, los define así:

“4. Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

* Como se observa, en este tipo de contratos el contratista es, en principio, quien por su cuenta y riesgo ejecuta la prestación, operación, explotación u organización del servicio, así como la construcción, explotación o conservación del bien, a cambio de una remuneración[[3]](#footnote-4). En palabras de la Corte Constitucional:

“Los contratos de concesión son entonces instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus fines. Estos contratos adquieren especial importancia en contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados; de este modo facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal”[[4]](#footnote-5).

* De esta manera, como característica fundamental de estos contratos se resalta “*la vinculación de recursos del sector privado, a manera de inversión, en proyectos de interés público que permitan maximizar el gasto estatal en la satisfacción de otras necesidades”[[5]](#footnote-6).* Asimismo, es de la esencia del contrato de concesión la asunción de riesgos por parte del concesionario, lo que significa que tendrá derecho a la utilidad generada pero también asumirá las pérdidas derivadas de la gestión del servicio o bien concesionado.
* A partir de la tipificación de este contrato, en el artículo citado, y sin perjuicio de la existencia de regímenes especiales, las disposiciones del EGCAP eran las que aplicaban principalmente las Entidades Públicas en la celebración de los contratos de concesión. Sin embargo, con posterioridad se expidió la Ley 1508 de 2012, *“Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”,* que en el artículo 1 definió las asociaciones público-privadas –APP– de la siguiente manera:

“Artículo 1. Las Asociaciones Público-Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”.

* Con fundamento en dicha noción, el legislador estableció que, cuando se den los presupuestos de la Ley 1508 de 2012, la concesión sería el medio por el cual se contratarían estas colaboraciones público-privadas10, es decir, como un mecanismo a través del cual el sector privado participaría en la gestión pública, representada en la ejecución de actividades de infraestructura o de otros servicios, vinculando capital, conocimientos y experiencia, así como un mayor riesgo que el que ordinariamente se asume en otras tipologías contractuales. Esta idea se consagró en el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012, que expresa que: *“Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas”.*
* Téngase presente que el contrato de Concesión de infraestructura vial generalmente incluye la construcción de la obra, su posterior administración, gestión y operación lo que constituye un servicio público y para lo cual se procederá a estudiar el problema planteado, desde la función pública.
* En ese sentido, para efectos de dar respuesta al problema jurídico planteado, frente al ejercicio de funciones públicas por particulares, la Constitución Política de 1991 consagra:

“**Articulo**[**123**](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4125#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 y la regulación de su ejercicio será determinado por la ley. Al respecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez, en sentencia con Radicación número: ACU-1016 del 18 de noviembre de 1999, señaló:

“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.”

De conformidad con lo expuesto, resta concluir que la prestación del servicio público de educación por los particulares, no comporta el ejercicio de funciones públicas, en cuanto no corresponde al desarrollo de competencias atribuidas a los órganos o servidores del Estado.

(…) 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 ( ).

Sobre el particular, la doctrina inclusive tiene precisada la diferencia existente entre **función pública**y **servicio público**, que, si bien son dos figuras próximas en el ámbito del derecho público, cada una de ellas posee su propia caracterización y tipificación que las diferencia entre sí, ‘esta distinción procede de la doctrina italiana y fue elaborada frente a la pretensión inicial de que «toda tarea administrativa es constitutiva de servicios públicos» hoy ya desechada.  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).” (Negrilla fuera de texto)

* Conforme lo señala el Consejo de Estado, 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.
* De otra parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, señaló:

*“El particular que contrata con la administración pública se compromete a ejecutar una labor o una prestación conforme al objeto del contrato y en virtud de ese convenio, de conformidad con los artículos*[*123*](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4125#123)*- 3 y*[*210-*](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4125#210)*2 de la C. P., puede ejercer funciones públicas temporalmente o en forma permanente, siendo la naturaleza de esa función la que permite determinar si puede por extensión asimilarse a un servidor público para efectos penales, ejemplo de tales eventualidades son las concesiones, la administración delegada o el manejo de bienes o recursos públicos”.*[[6]](#footnote-7)

* Ahora bien, la anterior postura tiene como fundamento principal, la sentencia de constitucionalidad C-[563](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44252#563) de 1998, la cual consideró conforme al texto superior el artículo [56](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304#56) de la Ley 80 de 1993, sobre la base de expresar:

“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 Corte Constitucional arribó a esa conclusión a partir de los siguientes adicionales razonamientos:

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 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”.

* Como se observa, a partir de la doctrina constitucional establecida en la sentencia C-[563](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44252#563) de 1998, que aun cuando el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 asigna la calidad de servidor público para efectos penales al contratista, interventor, consultor y asesor en todo lo concerniente a la celebración de contratos, tal condición solamente se adquiere cuando con motivo del vínculo contractual el particular asume funciones públicas, es decir, cuando el contrato implica la transferencia de una función de esa naturaleza, no cuando su objeto es distinto, como sucede si la actividad se circunscribe a una labor simplemente material.
* El anterior criterio jurisprudencial fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de casación como la proferida el 13 de marzo de 2006, en la cual la Sala expresó lo siguiente:

“Para abordar el análisis de este puntual tema, se hace indispensable estudiar primero lo relacionado con la calidad que ostentaba el procesado **Fernando Hely Mejía Álvarez** cuando suscribió con el municipio de Garagoa el mencionado contrato de obra para la ampliación del acueducto rural “Bancos de Páramos”, es decir, si por razón de ese acto jurídico público adquirió una función pública y, por ende, la condición de servidor público, o siguió siendo un particular, aspecto jurídico que determina, para efectos de los términos de la prescripción, si se aplica el incremento de la tercera parte que establece el inciso quinto del artículo [83](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6388#83) de la Ley 599 de 2000 (antes artículo [82](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=80544#82) del Decreto 100 de 1980).

En efecto, tradicionalmente ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal que a partir de la entrada en vigencia de la ley [80](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304#80) de 1993, para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor en un proceso de contratación estatal, cumplen funciones públicas en lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con entidades estatales, y les atribuyó la responsabilidad que en esa materia le señala la ley a los servidores públicos.

No obstante, también la jurisprudencia ha comenzado a decantar el punto, es decir, si los contratistas, como sujetos particulares, pierden su calidad de tal por razón de su vinculación jurídica contractual con la entidad estatal.

Frente a ello es indispensable destacar que para llegar a dicha conclusión, se hace necesario establecer, en cada evento, si las funciones que debe prestar el particular por razón del acuerdo o de la contratación, consiste en desarrollar funciones públicas o simplemente se limita a realizar un acto material en el cual no se involucra la función pública propia del Estado, pues esa situación define su calidad de servidor público a partir del momento que suscriba el convenio.

Por ello, si el objeto del contrato administrativo no tiene como finalidad transferir funciones públicas al contratista, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, con el fin de realizar materialmente los cometidos propios del contrato, necesario es concluir que la investidura de servidor público no cobija al particular.

En otras palabras, en este evento, se repite, el contratista se constituye en un colaborador de la entidad estatal con la que celebra el contrato administrativo para la realización de actividades que propenden por la utilidad pública, pero no en calidad de delegatario o depositario de sus funciones. Contrario sería cuando por virtud del contrato, el particular adquiere el carácter de concesionario, administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, actividades éstas que necesariamente llevan al traslado de la función pública y, por lo mismo, el particular adquiere, transitoria o permanentemente, según el caso, la calidad de servidor público.

Ello tiene su razón de ser jurídica, en la medida en que la función pública radica en cabeza del Estado. Sin embargo, como la Constitución y la ley prevén que es posible delegar dicha función, lógico es concluir que el particular, adquirente de la función pública, se convierta en servidor público.

En síntesis, cuando el particular, con motivo de la contratación pública, asume funciones públicas propias del Estado, se encuentra cobijado con la investidura de servidor público. Por el contrario, cuando dicho particular presta sus servicios para ejecutar obras de utilidad pública u objetos similares, no pierde esa calidad, en la medida en que su labor constituye una utilidad pública por razón del servicio contratado y no una función pública”.

* En desarrollo de la doctrina constitucional, el criterio según el cual para determinar si el particular obtiene o no la condición de servidor público es necesario verificar la naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por aquél, en cuanto únicamente cuando se le transfiere la realización de funciones públicas se encuentra cobijado con dicha cualificación, no así en el evento de ejecutar una labor simplemente material.
* La Corte Constitucional, en sentencia C-[037](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=8250#037) del 2003, 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](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4125#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” (Negrilla fuera de texto).

* De acuerdo con las sentencias anteriormente citadas, para establecer si las concesiones ejercen función pública, es necesario verificar la naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por aquél, en cuanto las funciones públicas se manifiestan como la exteriorización de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo la expedición de actos unilaterales, que deciden situaciones que afectan a terceros o la imposición coercitiva de una decisión a un tercero.

1. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Ley 80 de 1993: Artículo 32, numeral 4º; artículo [56](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304#56). * Ley 1508 de 2012: Artículo 1. * Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. * Corte Constitucional. Sentencia C-[563](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44252#563) de 1998. Magistrados Ponentes: Dr. Antonio barrera Carbonell y Dr. Carlos Gaviria Diaz * Corte Constitucional. Sentencia C-[037](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=8250#037) del 2003. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. * Consejo de Estado, Sección Tercera en Sentencia del 23 de octubre de 2017 con consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 53.477. * Concepto 115371 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública. * Concepto 183481 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública. |

1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos C-168 del 14 de abril de 2021, C-585 de 15 de octubre de 2021, C-639 del 14 de marzo de 2021, C-664 del 1° de septiembre de 2022, C-771 del 29 de diciembre de 2022, entre otros, ha analizado las características y el régimen de los contratos y los convenios interadministrativos. De igual manera se ha referido a la regulación del contrato de concesión y las asociaciones público privadas –APP– en el concepto con radicado 2201913000009321 del 17 de diciembre de 2019, así como en los conceptos C-507 del 13 de agosto de 2020, C-663 del 30 de noviembre de 2020, C-706 del 2 de diciembre de 2020, C-386 del 3 de agosto de 2021, C-457 del 3 de septiembre de 2021, C-549 del 5 de noviembre de 2021, C-129 del 22 de marzo de 2022, C-500 de 2022, C-143 de 21 de septiembre de 2023 y C-181 de 2024, entre otros. Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta los interrogantes planteados.Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de Relatoría de la Agencia, en el cual también podrás encontrar jurisprudencia del Consejo de Estado, laudos arbitrales y la normativa de la contratación concordada con la doctrina de la Subdirección de Gestión Contractual.

Te invitamos también a revisar la tercera edición del  Boletín de Relatoría de 2024 en el cual podrás consultar en detalle el marco normativo de documentos tipo: [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/files\_2020/boletin\_de\_realtoria\_iii.pdf](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsites%2Fcce_public%2Ffiles%2Ffiles_2020%2Fboletin_de_realtoria_iii.pdf&data=05%7C02%7Cdiana.saavedra%40colombiacompra.gov.co%7C992f1c9609394a8da8fe08dcc1676546%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638597897039411938%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=OlPZ1z8ogECdR2ws3Pl4MAFa5kzbGCdq6%2FHddkNjsr8%3D&reserved=0) ".

De otra parte, te informamos que entre el 15 al 29 de agosto de 2024 estará disponible para comentarios la Guía para Promover la Participación de las MIPYMES en los Procesos de Compra y Contratación Pública. Esta nueva versión desarrolla lineamientos para la aplicación de los incentivos regulados por normas como la Ley 2069 de 2020 y los decretos 1860 de 2021, 142 de 2023 y el 874 de 2024. Te invitamos a participar dejando tus observaciones en los siguientes enlaces:    
• [https://www.sucop.gov.co/entidades/colombiacompra/Normativa?IDNorma=17363](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.sucop.gov.co%2Fentidades%2Fcolombiacompra%2FNormativa%3FIDNorma%3D17363&data=05%7C02%7Cdiana.saavedra%40colombiacompra.gov.co%7C992f1c9609394a8da8fe08dcc1676546%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638597897039432030%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=pwv%2Bq28dQYDH8fapKxUdMUPho64l7hnqszh1FbUGFEc%3D&reserved=0)

• [https://www.colombiacompra.gov.co/content/convocatorias](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fcontent%2Fconvocatorias&data=05%7C02%7Cdiana.saavedra%40colombiacompra.gov.co%7C992f1c9609394a8da8fe08dcc1676546%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638597897039450179%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=JTS%2FJu%2Fen2tOZx31SV1Ght2FwQWiDLmMzcM39aj8nMU%3D&reserved=0)

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diana Lucia Saavedra Castañeda  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cielo Victoria González Meza  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero Gacharná  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. artículo 32 de la Ley 80 de 1993 [↑](#footnote-ref-2)
2. MONTAÑA Plata, Alberto. El concepto de Servicio Público en el derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Edición 2. [↑](#footnote-ref-3)
3. El Consejo de Estado, Sección Tercera en Sentencia del 23 de octubre de 2017 con consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 53.477, ha destacado sus características*: “[…] la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado como características propias del contrato de concesión que: i) dentro de su celebración interviene una entidad estatal que actúa como concedente y una persona natural o jurídica denominada concesionario; ii) El concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga; iii) La entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros); y que v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato”.* [↑](#footnote-ref-4)
4. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-300 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-5)
5. QUIÑONES GUZMÁN, Juan Carlos. Contratos de Asociación Publico–Privada e Infraestructura de Transporte. Primera edición 20202. p. 6. [↑](#footnote-ref-6)
6. Sentencia de fecha 24 de agosto de 2010Proceso No. [31986](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=71656#31986), Magistrada Ponente: María del Rosario González de Lemos [↑](#footnote-ref-7)