



Función Pública

Concepto 450121 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000450121

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000450121

Fecha: 16/12/2021 01:15:47 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Ex empleado nombrado en provisionalidad puede ser contratista. Radicado No. 20219000724482 de fecha 01 de diciembre de 2021.

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública. En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta: *Los entes territoriales pueden contratar por prestación de servicios al personal que hallan perdido los concursos de méritos y que estaban nombrados por provisionalidad para el año 2022.*; al respecto me permito manifestarle lo siguiente:

En primer lugar, consideramos necesario mencionar que, respecto de la forma de vinculación de quienes ejercen funciones de carácter permanente, es necesario tener en cuenta que el Decreto Ley 3074 de 1968 “Por el cual se adiciona el Decreto número 2400 de 1968” en el Artículo 2 señala:

ARTÍCULO 1. Modifícase y adicionase el Decreto número 2400 de 1968, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 2. quedará así: Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

(...) Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones. (Subrayado nuestro)

De acuerdo con la anterior disposición, es viable indicar que para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos requeridos en la planta de personal respectiva, para lo cual la entidad deberá iniciar las gestiones pertinentes que deriven en la creación de los cargos que demanda para el eficiente cumplimiento de los servicios a su cargo, sin que sea procedente celebrar contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.

Realizada la anterior precisión y entrando al tema objeto de consulta podemos señalar que, con la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, a partir del 12 de julio del mismo año, se adicionó un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en el siguiente sentido:

ARTÍCULO 4. Inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el Estado. Adicionase un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público. (Subraya propia)

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-257 de 2013, resolvió la demanda de inconstitucionalidad en contra del Inciso 1 del artículo 3 y el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, Conjuez Ponente: Jaime Córdoba Triviño, y señaló lo siguiente:

"En los términos ya señalados, se reitera que el legislador goza en esta materia de una amplia libertad de configuración para establecer un régimen estricto de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos durante el ejercicio de sus funciones y por un tiempo razonable a partir de su retiro, especialmente en el ámbito de la contratación pública. En este caso las medidas legislativas se han adoptado como parte esencial de una política pública cuyo fin es la de erradicar y prevenir no solo posibles

actos de corrupción, sino la de proscribir ventajas y privilegios que entrañan grave desconocimiento de los fines del estado, de los principios de la función pública y de los derechos de los ciudadanos en materia de contratación estatal. Política pública que, como ya se anotó, responde a una continuidad histórica, desde su consagración en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y que se ha ordenado a establecer rigurosos mecanismos de prevención de prácticas indeseables en la contratación pública.

Por ello resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en estos o sus parientes hagan parte y la entidad del estado a la cual estuvo vinculado como directivo.

No puede perderse de vista que la norma acusada establece la inhabilidad para contratar, directa o indirectamente, a quienes hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado, o sus parientes, y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título. Es claro que la norma señala que la inhabilidad se aplica en relación con aquellos servidores públicos que desempeñaron funciones de dirección para evitar que puedan utilizar los vínculos, influencia y ascendencia que estos ex directivos -o sus familiares cercanos- puedan tener con la entidad y sus funcionarios encargados de los procesos de selección, precisamente por el rol de jerarquía y mando que ejerció, con lo cual se trata de poner a salvo los principios constitucionales de la administración pública ya referidos."

De acuerdo con lo anterior, las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, están inhabilitadas para contratar directa o indirectamente con la entidad respectiva, es decir, con la entidad del Estado a la cual estuvieron vinculados como directivos, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Así las cosas, en el caso objeto de consulta, si el cargo que desempeñaba el ex empleado hace parte del nivel profesional, técnico o asistencial, es viable concluir que quien desempeñó tal cargo en provisionalidad, podrá suscribir un contrato de prestación de servicios con el mismo ente territorial, una vez retirado del servicio, pues no se configura la inhabilidad para contratar de que trata la normativa citada en precedencia.

No obstante, atendiendo a la actualidad del país, consideramos necesario informar de acuerdo con el documento denominado "Restricciones en la nómina y en la contratación estatal con ocasión de las elecciones a la Presidencia, Vicepresidencia y Congreso de la República" anexo a la circular conjunta 100-006 de 2021¹, podemos evidenciar que, las limitaciones a la contratación estatal para las entidades del orden territorial iniciaron desde el 13 de noviembre de 2021, lo que incluye la celebración de contratos en la modalidad de contratación directa, como lo son, entre otros, los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. Es decir, en criterio de esta Dirección Jurídica, no es viable la suscripción de contratos referidos en su consulta, hasta tanto se supere el tiempo de las restricciones, lo que equivale hasta la fecha en que se elija presidente y vicepresidente.

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

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011².

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: César Pulido.

Aprobó: Harold Herreño.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=173606>

2. Artículo sustituido por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:31:08