



Función Pública

## Concepto 364411 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000364411\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000364411

Fecha: 04/08/2020 07:14:34 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Exempleado público. Radicación No. 20209000275012 de fecha 30 de junio de 2020.

En atención al escrito de la referencia, mediante el cual consulta si un secretario de despacho de una alcaldía puede renunciar a este cargo y trabajar en la misma alcaldía a través de un contrato por prestación de servicios y si pasa el periodo de prueba en una institución educativa cuanto debe esperar para solicitar una comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, me permito manifestarle lo siguiente:

Frente a la inhabilidad para que ex servidores públicos contraten con el Estado, le manifiesto que la Ley 80 de 1993<sup>1</sup>, establece como inhabilidades para contratar, entre otras:

*“ARTÍCULO 8. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.*

*“(...)”*

*2o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Entra a regir a partir del 16 de enero de 2008, según lo ordena el artículo 33 de la misma Ley> Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:*

*a. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro. (...)”* (Destacado fuera del texto)

De acuerdo con lo establecido en el literal a. del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante que hubieren desempeñado funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, inhabilidad que se extiende por el término de un

(1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

No obstante, con la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011<sup>2</sup>, a partir del 12 de julio del 2011, 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:*

2o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

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 fuera del texto)

Conforme a lo anterior, las personas que 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, 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.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-257 del 7 de mayo de 2013 resolvió la demanda de inconstitucionalidad en contra del Inciso<sup>19</sup> del artículo 3 y el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, Conjuez Ponente: Jaime Córdoba Triviño, y señaló lo siguiente:

*“Esta disposición normativa establece, dentro del conjunto de inhabilidades que el legislador ha previsto para contratar con el Estado, específicamente para (i) quienes hayan ejercido cargos directivos en las entidades del Estado; (ii) sus parientes dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil; y (iii) las sociedades en las cuales dichos ex directivos a sus parientes próximos hagan parte o estén vinculados a cualquier título a esa sociedad, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. La inhabilidad rige durante los dos años siguientes a su retiro.*

(...)

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.

*Sin embargo, como lo plantea el demandante y algunos intervinientes, tratándose de sociedades anónimas por acciones, dadas sus características esenciales, la restricción no podría aplicarse, pues en estos casos no existe posibilidad de control sobre los accionistas que puedan acceder a la compra de acciones, y que lo pueden hacer con plena libertad, incluso en el mercado bursátil abierto, en razón de la capacidad económica y voluntad del inversionista y no por sus condiciones personales y de manera particular por su condición de ex servidor público. Esta circunstancia de suyo no implica que la norma deba ser declarada inconstitucional o la necesidad de que la Corte profiera una*

sentencia condicionada, pues de lo que se trata en este caso es de fijar el alcance material de la proposición normativa objeto de control.

Para la Corte es claro que la prohibición establecida en el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, que adiciona el literal F al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no aplica respecto de aquellos tipos societarios en donde la forma de vinculación de los socios hace imposible un control directo y efectivo sobre su ingreso y sobre las calidades personales de los mismos.

Esta hipótesis es distinta, se aclara, a la del ex servidor público que tiene la condición de: directivo o representante legal de este tipo de sociedades y pretende en nombre de aquella contratar con la entidad a la cual estuvo vinculado y cuyo objeto tenga relación con las funciones públicas que desempeñó." (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional, 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. Según la Corte, 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 sus vínculos, influencia y ascendencia con la entidad en la que prestaron sus servicios y sus funcionarios encargados de los procesos de selección, precisamente por el rol de jerarquía y mando que ejercieron siendo directivos.

Así las cosas, esta Dirección considera que las inhabilidades para que ex servidores públicos contraten con el Estado consagradas en los artículos 8 de la Ley 80 de 1993 y 4 de la Ley 1474 de 2011, aplican frente a la entidad respectiva para quienes:

- a. Fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante, siempre y cuando estos últimos hubieren desempeñado funciones en los niveles asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro;
- b. 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.

Teniendo en cuenta que las inhabilidades del ex servidor público para contratar se predicán respecto de la entidad del Estado a la cual estuvo vinculado como directivo, se considera que dicha restricción no aplicaría para celebrar contratos con otras entidades del Estado en las cuales el servidor no hubiere desempeñado cargos del nivel directivo, asesor o ejecutivo.

Ahora bien, para determinar el nivel del empleo secretario de despacho, el Decreto ley 785 de 2005 "por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004", dispuso:

"ARTÍCULO 16. Nivel Directivo. El nivel Directivo está integrado por la siguiente nomenclatura y clasificación específica de empleos:

Cód.	Denominación
005	Alcalde
(...)	(...)
020	Secretario de Despacho
(...)	(...)

En virtud de lo anterior, el cargo de secretario de despacho pertenece a los empleos del nivel directivo del nivel territorial.

Por consiguiente, para responder a su primer interrogante en criterio de esta Dirección Jurídica un ex secretario de despacho, se encuentra

inhabilitado para que directa o indirectamente suscriba contratos con la respectiva entidad durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público.

Por otro lado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, es procedente y constituye un derecho para los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, o facultativo del nominador cuando la calificación es satisfactoria, el otorgamiento de comisión hasta por tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogada por un período igual, para el desempeño de empleo de libre nombramiento y remoción o de período, para el cual hayan sido nombrados, en la misma entidad en la que laboran o en otra, conservando sus derechos de carrera en el empleo del cual son titulares.

Igualmente, el artículo 31 de la mencionada ley, al regular lo relacionado con el proceso de selección y específicamente con el nombramiento en período de prueba y el acceso a los derechos de carrera administrativa, señala:

“ARTÍCULO 31. Etapas del proceso de selección o concurso.

(...)

5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.

Aprobado dicho período al obtener evaluación satisfactoria el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente. (...)

Por otra parte, el Decreto 1083 de 2015 Único Reglamentario del Sector de la Función Pública, establece:

“ARTÍCULO 2.2.8.2.1. *Calificación del periodo de prueba.* Al vencimiento del período de prueba el empleado será evaluado en su desempeño laboral y deberá producirse la calificación definitiva de servicios, para lo cual se utilizará el instrumento de evaluación del desempeño que rige para la respectiva entidad.

Una vez en firme la calificación del período de prueba, si fuere satisfactoria, determinará la permanencia del empleado en el cargo para el cual fue nombrado y su inscripción en el Registro Público de Carrera Administrativa. En caso de ser insatisfactoria la calificación, causará el retiro de la entidad del empleado que no tenga los derechos de carrera administrativa.”

De acuerdo con las disposiciones transcritas, al vencimiento del período de prueba el empleado será evaluado en su desempeño laboral y deberá producirse la calificación definitiva de servicios, para lo cual se utilizará el instrumento de evaluación del desempeño que rige para la respectiva entidad, y una vez en firme dicha calificación si fuere satisfactoria determinará la permanencia del empleado en el cargo para el cual fue nombrado.

Ahora bien, sobre la posibilidad de que un servidor que aprueba su período de prueba pueda ser comisionado para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o de período, es necesario señalar que la Comisión Nacional del Servicio Civil, como responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial, mediante el criterio unificado del 13 de agosto de 2019, señaló:

“15. ¿Puede un servidor con evaluación del período de prueba con calificación sobresaliente ser comisionado para desempeñar un empleo de libre nombramiento o remoción o de período?”

El artículo 26 de la Ley 909 de 2004, señala que los empleados de carrera con evaluación del desempeño laboral con calificación, "(...) tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual. para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período (...)"

En concordancia, el artículo 2.2.5.5.39 del Decreto 1083 de 2015 prevé: "Cuando un empleado de carrera con evaluación anual del desempeño sobresaliente sea nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción o de período tendrá derecho a que el jefe de la entidad a la cual esté vinculado le otorgue mediante acto administrativo motivado, la respectiva comisión para el ejercicio del empleo (...)"

De normatividad en cita, se desprende que la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período, es un derecho para los servidores de carrera administrativa con evaluación anual con calificación sobresaliente.

No obstante, vemos que la norma nada indicó respecto de aquellos servidores que han adquirido derechos de carrera por haber superado su periodo de prueba con una calificación sobresaliente.

Al respecto, cabe señalar que la evaluación del periodo de prueba al igual que la evaluación anual, comporta una calificación definitiva que define, dependiendo de la situación acreditada por el servidor público, su ingreso o ascenso en la carrera administrativa, sistema técnico de administración de personal que prevé como derecho de los servidores a ella vinculados, la posibilidad de desempeñar, previa comisión un empleo de libre nombramiento y remoción o de periodo.

En este sentido, y en garantía del derecho constitucional de mérito, cuando no exista servidor de carrera con calificación anual sobresaliente en su desempeño laboral la entidad, a través del nominador o quien haga sus veces, podrá tener en cuenta a los servidores que superen el periodo de prueba con calificación sobresaliente o satisfactoria, caso en el cual la comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción o de período, no se constituye en un derecho sino en una posibilidad a discreción del nominador a quien corresponde otorgar o no la comisión". (Subrayas y negrilla nuestra)

Conforme a lo anterior, cuando no exista servidor de carrera con calificación anual sobresaliente en su desempeño laboral la entidad, podrá tener en cuenta a los servidores que superen el periodo de prueba con calificación sobresaliente o satisfactoria para ser comisionados para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período, caso en el cual la mencionada comisión, no se constituye en un derecho sino en una posibilidad a discreción del nominador a quien corresponde otorgar o no de la respectiva comisión.

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](http://www.funcionpublica.gov.co/eva) en el link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Christian Ayala

Revisó: Jose Fernando Arroyave

Aprobó. Armando Lopez Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
2. 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 18:40:23