



Función Pública

Concepto 157091 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000157091

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000157091

Fecha: 27/04/2022 08:47:44 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Prohibición de contratar a ex empleados del nivel Directivo. RAD. 20229000163292 del 12 de abril de 2022.

En tención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si puede una exdirectora local de salud ser contratada en la alcaldía para ejercer otro cargo sin haber cumplido 1 año de su salida de la dirección local de salud, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente deben precisarse los conceptos de servidor público y de contratista del estado. La Constitución Política de 1991 consagra:

“ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, así mismo por disposición constitucional, los particulares pueden desempeñar temporalmente funciones públicas y el régimen aplicable y la regulación de su ejercicio será determinado por la ley.

Esta Dirección ha indicado de manera consistente que servidor público es toda persona natural que mediante relación de trabajo y bajo continuada dependencia y subordinación ejerce funciones públicas en forma permanente o temporal a una entidad estatal, atribuidas al cargo o la relación laboral y que constan en la Constitución Política, la ley o el reglamento o le son señaladas por autoridad competente.

En cuanto al contrato, para el caso de prestación de servicios, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, “*por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”, dispone:

“ARTICULO 32. “DE LOS CONTRATOS ESTATALES (...)

3°. Contrato de prestación de servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración

o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.” (Se subraya).

Así las cosas, los contratos de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. No obstante, no tienen la calidad de servidores públicos.

Ahora bien, de acuerdo con lo indicado en su solicitud, la persona objeto de la consulta se desempeñaba como directora local de salud, es decir, como una empleada pública, vinculada mediante una relación leal y reglamentaria y no, como señala en la petición, como contratista. La administración, según lo manifestado, pretende vincularla nuevamente en otro empleo.

La inhabilidad es la incapacidad, ineptitud o circunstancia que impide a una persona ser elegida o designada en un cargo público y, en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio. Dado el carácter prohibitivo de las inhabilidades, éstas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en una ley o en la Constitución Política.

Sobre el carácter restringido de las inhabilidades, la Sala Plena del Consejo de Estado¹ en sentencia emitida el 8 de febrero de 2011, consideró lo siguiente:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

De acuerdo con el pronunciamiento citado, la inhabilidad debe estar creada de manera expresa por la Ley o por la Constitución, y no puede dársele una interpretación extensiva o analógica.

Revisada la legislación relacionada con las inhabilidades para ejercer un cargo público, no se evidenció alguna que impida a una exdirectora local de salud, vincularse nuevamente como empleada pública en otra o en la misma entidad en la que prestó sus servicios.

No ocurre lo mismo si la administración pretende vincularla como contratista, pues en este evento, la Ley 80 de 1993, “*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”, determina en su artículo 8:

“ARTÍCULO 8º.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

(...)

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva: <La expresión “Concursos” fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007>

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.

(...)

f) <Literal adicionado por el artículo 4o. de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> 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 expleado público.

(...)” (Se subraya).

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, (como el de director local de salud), asesor o ejecutivo, inhabilidad que se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

En el caso adicionado con el literal f), la inhabilidad pesa sobre quienes hayan ejercido cargos en el nivel directivo, caso en el cual, la limitante se extiende por dos años, cuando el objeto que desarrolle tenga relación con el sector al cual prestó sus servicios.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que el consultante deberá verificar cuál será la forma de vinculación de la exdirectora local de salud, para determinar si se presenta o no una inhabilidad, de acuerdo con lo siguiente:

1. Si la exdirectora local de salud es revinculada por la administración en otro cargo, como empleada pública, no se presenta limitación o inhabilidad para ello y, por tanto, su nombramiento es viable.

2. Si la administración pretende vincular a la exdirectora local de salud, mediante un contrato de prestación de servicios, se configurará la inhabilidad contenida en los literales a) y f) del artículo 8° de la ley 80 de 1993, por cuanto aquel cargo pertenece al Nivel Directivo.

En virtud del literal a), estará inhabilitada para suscribir contrato con la entidad en la que fungió como directora local de salud, por el término de un año, contado a partir de la fecha de su desvinculación.

En virtud del literal f), estará inhabilitada para suscribir contrato con la entidad en la que fungió como directora local de salud, por el término de dos años, contados a partir de la fecha de su desvinculación.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”: [/eva/es/gestor-normativo](#), donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados emitidos por esta Dirección Jurídica.

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 CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

¹Sentencia proferida dentro del Expediente No. 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: César Julio Gordillo Núñez.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:04:12