

CONCEPTO 956 DE 2021

(febrero 8)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

DE: XXXXXXXXXXXX Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa, 1-0014

ASUNTO: Concepto contratación ex- funcionario.

En respuesta a la comunicación electrónica del 21 de enero de 2021, sin radicar, mediante la cual solicita concepto con el fin de precisar aspectos sobre la contratación de prestación de servicios de personas naturales; al respecto, de manera comedida le informo.

En su comunicación solicita responder el siguiente interrogante:

“Cuál es el tiempo mínimo que debo dejar pasar para poder contratar a un exfuncionario que acaba de salir de la entidad el cual estaba en provisionalidad, para no incurrir en continuidad laboral o algo similar.”

#### ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente aclarar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución ni tienen el carácter de fuente normativa, y solo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

#### PRECEDENTES NORMATIVOS

En relación con el caso consultado se tendrán en cuenta los siguientes precedentes normativos:

Constitución Política:

“Artículo [125](#). Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. // Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. // El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”.

Decreto 1045 de 1978:

“Artículo 10o.- Del tiempo de servicios para adquirir el derecho a vacaciones. Para el reconocimiento y pago de vacaciones se computará el tiempo servido en todos los organismos a que se refiere el artículo 2o. de este Decreto, siempre que no haya solución de continuidad. Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad.”

Ley 80 de 1993, artículo [32](#), numeral 3:

“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.”

Concepto No. 2019EE 2606, 17-10-2019 Sala de Servicio Civil Distrital:

“Por regla general a la del Concepto 944 del 14 de marzo de 1997 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado opera la no solución de continuidad cuando concurren estos 3 elementos: i) Que no transcurran más de 15 días entre el retiro del empleado y su nueva vinculación con la otra entidad; II) Que en la nueva entidad en la que se vincule el empleado se aplique el mismo régimen salarial y prestacional, y iii) Que exista una disposición legal que consagre expresamente la no solución de continuidad.”

Concepto No. 41191-2017, 17-02-2017. Departamento Administrativo de la Función Pública:

La “no solución de continuidad”, se predica en aquellos casos en los cuales haya terminación del vínculo laboral con una entidad y una nueva vinculación en la misma entidad o el ingreso a otra, y debe estar expresamente consagrada en la respectiva disposición legal que contemple las prestaciones, salarios y beneficios laborales, disposición que a su vez establecerá el número de días de interrupción del vínculo que no implicarán solución de continuidad.

“Quiere decir esto, que por solución de continuidad se entiende la interrupción o falta de relación laboral entre una y otra vinculación con la entidad pública. Caso contrario, se entiende “sin solución de continuidad”, cuando la prestación del servicio es continuo, sin suspensión o ruptura de la relación laboral.”

## ANÁLISIS JURÍDICO

En relación con el asunto consultado, es menester precisar que el Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa de la Dirección Jurídica no resuelve casos particulares ni entra a analizar situaciones concretas que son del resorte de las áreas o instancias institucionales que tienen la competencia para abordarlos y resolverlos o brindar la orientación o asesoría pertinente.

Esto es así por cuanto nuestros pronunciamientos, en virtud de lo dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley [1437](#) de 2011, modificada por la Ley [2080](#) de 2021), incorporado por la Ley [1755](#) de 2015, no son obligatorios ni tienen carácter vinculante, motivo por el cual no es dable exigir a la administración que aplique nuestros conceptos como si se tratara de una norma o acto administrativo capaz de producir efectos jurídicos.

Nuestra dependencia emite conceptos de carácter general sobre dudas en la interpretación de las normas jurídicas o cuando quiera que se presenten enfoques diferenciales en su aplicación a fin de dilucidar el tema y lograr la unidad doctrinal.

En este orden de ideas se analizará en abstracto el tema consultado.

En relación con el tema consultado, se abordará en su orden lo relativo a las inhabilidades e incompatibilidades para contratar y la solución de continuidad con el fin de precisar que frente a

la situación planteada no existe un término mínimo que debe transcurrir para contratar a un servidor público que no esté cobijado por una inhabilidad.

## 1. Inhabilidades e incompatibilidades para contratar

La Ley 80 de 1993 o Estatuto de Contratación de la Administración Pública en su artículo [8o](#) establece:

“ARTÍCULO [8o](#). DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:

a. Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.

(...)

2o. 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.

(...)

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada...”.

Por su parte la Ley 1474 de 2011, en sus artículos [3o](#) y [4o](#) dispuso:

“Artículo [3o](#). Prohibición para que ex servidores públicos gestionen intereses privados. El numeral 22 del artículo [35](#) de la Ley 734 de 2002 quedará así:

Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado.

Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.

Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe sujetos claramente determinados”.

“Artículo [4o](#). Inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el Estado. Adicionase un literal f) al numeral 2 del artículo [8o](#) 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”.  
(Subrayas fuera del texto original)

La Corte Constitucional mediante la Sentencia C - 257 del 7 de mayo de 2013, al analizar la constitucionalidad del artículo 4o de la Ley 1474 de 2011, Conjuez Ponente: Jaime Córdoba Triviño, señaló:

“4.- Análisis de la constitucionalidad del artículo 4o de la ley 1474 de 2001, que adiciona un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

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.

(...)

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 utilizarlos 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.

(...)

El criterio que sirvió de fundamento al legislador para adoptar una ampliación del plazo señalado no fue otro que el regarantizar con mayor énfasis el interés general, el cumplimiento de la función administrativa y de manera concreta los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, como lo había precisado la Corte en la sentencia C-893 de 2003 y, en consecuencia, en el marco de una política de Estado orientada a la lucha contra la corrupción, era necesario ampliar por un año más el término durante el cual habrían de regir las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades previstas para los servidores públicos al dejar sus cargos y expresamente en las hipótesis ya señaladas.”

(...)

Bajo esas precisiones la Corte declarará la constitucionalidad del enunciado normativo acusado.”  
(Subrayado fuera de texto).

El Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante concepto con radicado número 20196000000061 del 2 de enero de 2019, precisó lo siguiente:

“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, para evitar las ventajas del sector privado en la contratación de exfuncionarios del Estado para obtener ventajas contractuales en la libre competencia frente a los procesos contractuales con el Estado, y así garantizar la transparencia, la igualdad y a moralidad como principios que deben salvaguardarse en la función pública.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica 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, aplica 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 directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro; o

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”.

En resumen, las inhabilidades para que ex -servidores públicos contraten con el Estado cobijan a los integrantes de las juntas o consejo directivo, los servidores públicos de los niveles directivos, asesor o ejecutivo que se extiende por un (1) año después de su retiro y a los que hayan ejercido cargos directivos hasta por dos (2) años después de su retiro.

Esta prohibición no aplica para los ex - empleados públicos del nivel profesional, técnico o asistencial y tampoco para los trabajadores oficiales.

## 2. Solución de continuidad

La Constitución Política establece de manera precisa que los empleos públicos son o deben pertenecer a un sistema de carrera, al cual las personas pueden acceder mediante el cumplimiento previo de requisitos y condiciones fijados en la ley, como de las exigencias de los procedimientos de las convocatorias generadas por las entidades para proveer cargos públicos vacantes.

Lo anteriormente señalado es la regla general para la incorporación de talento humano en el Estado colombiano; siendo la provisionalidad una excepción al principio general de la observancia del mérito como forma de pertenecer al empleo público y a su sistema de carrera administrativa.

También es claro que todo servidor público tiene derecho al pago de un salario y prestaciones sociales que la ley prevé como remuneración para el cargo que ocupa, y en el marco del tema prestacional define la no solución de continuidad como figura aplicable a situaciones en las que un empleado público se desvincula de un cargo y seguidamente se adscribe como funcionario en otra o la misma entidad a la que inicialmente es su empleador.

Así las cosas, se requiere que posterior a la desvinculación de un servidor público, para que exista continuidad de la relación legal y reglamentaria que implica el ocupar un cargo de carrera, bien sea en propiedad o en provisionalidad, que dicho servidor se vincule nuevamente a un empleo público del cual se pueda indicar que existe una relación laboral.

En efecto, y como se cita inicialmente se requiere de la existencia de relaciones laborales inicial y subsiguiente, donde no medie entre una y otra más de quince (15) días entre la desvinculación y la nueva incorporación en la planta de personal; lo cual excluye la posibilidad de que tal continuidad se pueda dar frente a una vinculación con contrato de prestación de servicios del orden estatal, pues como la definición del mismo lo indica, su celebración no genera ningún tipo de relación laboral ni prestacional.

De esta manera, forzoso es concluir que tal y como lo señalan las normas y conceptos citados en el fundamento jurídico, no existe un plazo o termino para contratar por prestación de servicios personales a un servidor público que se retira de su cargo, por cuanto no se puede configurar continuidad de un vínculo legal y reglamentario al celebrar dicho contrato, dado que en tal tipo de vinculación no se genera ningún tipo de relación de orden laboral.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015.

Cordial saludo,

Antonio José Trujillo Illera

Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y

Producción Normativa - Dirección Jurídica



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

