



**Función Pública**

# Concepto 154781 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000154781\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000154781

Fecha: 03/05/2021 04:10:12 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES DE INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Viabilidad de ser nombrado en provisionalidad por ser pariente de miembro de Junta Directiva de una ESE. RAD. 20219000192462 del 15 de abril de 2021.

En la comunicación de la referencia, solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

1. ¿Se configura violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades si se nombra (en provisionalidad) en una Empresa Social del Estado (Hospital) a una persona que tenga un parentesco dentro del segundo grado de afinidad con un miembro de junta directiva (Presidente de la Junta directiva)?
2. ¿Se configura violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades si se nombra (en provisionalidad) en una Empresa Social del Estado al cónyuge de una persona quien fue encargado como presidente para asistir a una reunión de junta directiva, en la cual se tomaron decisiones y se realizaron deliberaciones distintas a las relacionadas con el nombramiento en provisionalidad de su cónyuge?

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

Respecto a la prohibición de los servidores públicos para nombrar, postular o contratar con personas con las cuales tengan parentesco, el Acto Legislativo 02 de 2015, por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones, señala:

“ARTÍCULO 2 El artículo 126 de la Constitución Política quedará así:

Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera.

(...)” (Subraya fuera del texto)

De conformidad con la norma constitucional anteriormente citada, se deduce que la prohibición para el funcionario que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar ni contratar en la entidad que dirige, a personas con las cuales tenga relación de parentesco en los grados señalados en la citada norma constitucional, es decir, hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o relaciones de matrimonio o unión permanente. Tampoco podrá nombrar ni contratar a personas vinculadas por los mismos lazos con el servidor público competente para intervenir en la vinculación del nominador. Esta prohibición tiene como única excepción los nombramientos que se hagan en la aplicación a las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por concurso.

Ahora bien, el Decreto [139](#) de 1996, “*por el cual se establecen los requisitos y funciones para los Gerentes de Empresas Sociales del Estado y Directores de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sector Público y se adiciona el Decreto número 1335 de 1990*”, indica:

ARTÍCULO 4. De las Funciones del cargo de Gerente de Empresa Social del Estado y de Director de Institución prestadora de servicios de salud pública del primer nivel de atención. Son funciones del Gerente de Empresa Social del Estado y de Director de Institución Prestadora de Servicios de Salud Pública del primer nivel de atención, además de las definidas en la Ley, Ordenanza o Acuerdo, las siguientes:

(...)

17. Nombrar y remover los funcionarios bajo su dependencia de acuerdo con las normas de administración de personal que rigen para las diferentes categorías de empleos, en Sistema General de Seguridad Social en Salud.

(...) ”

Como se aprecia, el nominador de una Empresa Social del Estado es el Gerente de la misma. Por lo tanto, la prohibición contenida en el artículo [126](#) de la Carta está dirigida a éste y no a los miembros de la Junta Directiva de esa entidad de salud.

Ahora bien, 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 Estado<sup>1</sup> 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 prohíba que un pariente de un miembro de la junta directiva de una Empresa Social del Estado, pueda vincularse como servidor público con nombramiento provisional en la misma entidad.

En tal virtud, esta Dirección Jurídica considera que no se configura violación al régimen de inhabilidades por nombrar en provisionalidad en una Empresa Social del Estado (Hospital) a una persona que tenga un parentesco dentro del segundo grado de afinidad con un miembro de junta directiva. Tampoco se configura para el servidor que fue delegado para participar en la Junta Directiva, pues éste no ejerce la facultad nominadora.

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": <http://www.funcionpublica.gov.co/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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Sentencia 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 14:14:25