



Concepto 159131 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000159131

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000159131

Fecha: 27/04/2020 03:20:04 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: Inhabilidades e incompatibilidades Un delegado del gobernador ante la Junta Directiva de una ESE se encuentra inhabilitado para ser gerente de la misma. Radicado: 20202060116812 de fecha 18 de marzo de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual solicita información sobre si un delegado del gobernador ante la Junta Directiva de una ESE, se encuentra inhabilitado para ser gerente de la misma, me permito informarle lo siguiente:

Inicialmente, es preciso indicar que esta Dirección Jurídica, atendiendo lo preceptuado por la Corte Constitucional¹, ha sido consistente al manifestar que tanto las inhabilidades, como las incompatibilidades, así como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, o para el ejercicio de una función pública deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva.

Ahora bien, respecto de las inhabilidades para los empleados que han sido encargados, me permito traerá a colación la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta en reciente jurisprudencia, con radicado No. 11001-03-28-000-2018-00111-00 y ponencia de la Consejera Rocío Araújo Oñate, en la cual se consideró frente al alcance de las inhabilidades en el desempeño de cargos en la modalidad de encargo lo siguiente:

"2.3.2.2 La primera referida a ejercicio del encargo tratándose de gobernadores y alcaldes, caso en el cual la ley ha regulado expresamente estas situaciones. Sobre el particular la Sección Quinta explicó recientemente que los artículos 30 y 37 de la Ley 617 de 2000, delimitaron cuáles inhabilidades se predicarían en los casos en que se efectúa un encargo o designación para cubrir una vacante temporal o absoluta, y a su vez, qué circunstancias contenidas en los mencionados artículos no constituyen inhabilidad para el encargo."

2.3.2.3 Respecto de aquellos casos en que se controvierte la designación en encargo en cargos diferentes a los de voto popular, esta Sala de Decisión ha considerado que, si la inhabilidad para el ejercicio del empleo no se encuentra prevista en la norma de forma taxativa para los servidores públicos encargados, no es dable aplicarle a éstos las inhabilidades establecidas para desempeño del empleo en titularidad, por tratarse de situaciones disímiles.

2.3.2.4 Así las cosas, se puede concluir que si el régimen de inhabilidades establece excepciones aplicables a los casos cuando se ejerce el empleo en la modalidad de encargo, serán éstas las directrices a tener en cuenta para determinar la configuración o no de la misma. Por el contrario, si el precepto normativo que contiene la limitante no establece de forma taxativa su aplicación para el desempeño del cargo en encargo, entiende la Sala que no se puede invocar la configuración de la inhabilidad aplicable al titular del empleo, por tratarse el encargo de una forma de vinculación de carácter temporal prevista a efectos de superar una dificultad coyuntural de la función pública."

(...) (Subrayado fuera de texto).

Conforme lo dispuso el Consejo de Estado, respecto de aquellos casos en que se controvierte la designación en encargo en cargos diferentes a los de voto popular, si la inhabilidad, situación analizada en dicha ocasión, para el ejercicio del empleo no se encuentra prevista en la norma de forma taxativa para los servidores públicos encargados, no es dable aplicarles a éstos las inhabilidades establecidas para desempeño del empleo en titularidad, por tratarse de situaciones disímiles.

Más adelante la citada jurisprudencia dispuso frente a la situación administrativa del encargo lo siguiente:

"2.3.3.1 Respecto de la naturaleza del encargo

2.3.3.1.1 Con anterioridad la Sala Electoral señaló la diferencia entre el encargo de funciones y el encargo del empleo en los siguientes términos:

"El encargo es una modalidad de provisión temporal de empleos públicos, de conformidad con lo preceptuado por la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación.. Esta particularidad permite, en principio, paragonar esta figura jurídica al nombramiento, forma típica de acceso a la función pública.

Sin embargo, menester resulta indicar que no en todas las ocasiones los encargos deben ser comprendidos como una forma de proveer los empleos públicos, pues, no en pocas ocasiones, se encargan las funciones, pero no el cargo, eventos en los cuales dicha situación administrativa no puede ser equiparada a un nombramiento.

En otros términos, el encargo del cargo implica un reemplazo del titular del mismo, mientras que en el contexto del encargo de funciones éste continúa ocupándolo, a pesar de que por alguna situación administrativa no puede desempeñar el catálogo de funciones asignado a su empleo."

2.3.3.1.2 Lo anterior, permite concluir que cuando se trata de un encargo del cargo, dicho acto se asemeja a un nombramiento, mientras que, si es un encargo de funciones se constituye en una situación administrativa laboral que escapa del conocimiento del juez electoral.

2.3.3.1.3 Esta postura se reiteró cuando posteriormente se señaló

"Para la Sección, la vacancia definitiva del cargo de Director y la toma de posesión por parte del demandado de dicho empleo evidencian, sin lugar a duda, que a través del acto demandado sí se proveyó, aunque de manera temporal, el cargo de Director Regional del SENA, lo que lo erige como un verdadero acto nombramiento.

En efecto, a través del acto acusado el señor Pardo Jiménez tuvo acceso al cargo de director, pues este empleo se encontraba vacante, es decir, se entiende que el demandado reemplazó o sustituyó al director anterior, lo que erige a la resolución acusada en un verdadero acto de nombramiento, ya que, se insiste, a través del acto acusado se proveyó, solo que bajo la modalidad de encargo, un cargo de libre nombramiento y remoción - que se encontraba vacante.

En otras palabras, contrario a lo asegurado por el a quo, a través del acto acusado no se “encargaron al demandado unas funciones”, sino que se aprovisionó de manera temporal un cargo que se encontraba vacante de forma definitiva, lo que significa que se realizó un acto de nombramiento.

2.3.3.1.4 Descendiendo al caso en particular se concluye que el acto mediante el cual se encargó al señor Pedro León Reyes Gaspar de la Rectoría de la Universidad Surcolombiana, constituye un acto de nombramiento, pues el cargo que ocupó de manera transitoria se encontraba vacante de forma definitiva por la culminación del período institucional, siendo por ello que se dispuso el encargo del cargo en cabeza del demandado y no simplemente el desempeño de algunas de las funciones.

2.3.3.1.5 Así las cosas, la situación del demandado se analizará desde la perspectiva de un nombramiento efectuado para suplir la vacante definitiva que existía en el cargo de rector de la Universidad Surcolombiana y no como la situación jurídica del encargo de funciones como lo argumentó...

(...)

2.3.3.2.3 En este punto se destaca que la norma invocada por el demandante no establece inhabilidad alguna para quien desempeñe el cargo en la modalidad de encargo, sino que fija la prohibición para quien lo va a desempeñar en titularidad, caso en el que no se circunscribe la situación del demandado.

2.3.3.2.4 En un caso similar al objeto de estudio en el que se analizó la aplicación de una prohibición a quien desempeñó el cargo de rector universitario en la modalidad de encargo, esta Sala de Decisión²¹ concluyó:

“...en criterio de la Sala, la prohibición de reelección inmediata en el cargo de rector de la Universidad del Tolima sólo aplica para quienes han ocupado dicho cargo en propiedad.

En este caso, el señor Omar Albeiro Mejía Patiño fue designado como rector encargado de la Universidad del Tolima mediante Acuerdo 018 del 20 de agosto 2016 proferido por el Consejo Superior de dicho ente universitario a partir del 22 de agosto de ese año, en reemplazo del señor José Hernán Muñoz Núñez quien renunció a dicho cargo y mientras se designaba rector en propiedad. (folio 25 del cuaderno 1 del expediente).

Así las cosas, es claro que esa primera designación se hizo en encargo y por tanto, no reúne las condiciones anteriormente señaladas para encuadrarse dentro de la prohibición bajo estudio.”

(...)

2.3.3.2.6 Adicionalmente precisa la Sala que la interpretación extensiva que realiza del demandante, al pretender aplicar una inhabilidad predictable al quien ejerce el cargo en propiedad respecto de quien va a asumir este empleo en encargo, vulnera de manera flagrante el principio de taxatividad de la inhabilidades al que se ha hecho referencia precedentemente. En tal virtud, los argumentos expuestos por el demandante sobre el particular no tienen vocación de prosperidad.” (Subrayado fuera de texto).

Por consiguiente, cuando se trata de un encargo del cargo, dicho acto se asemeja a un nombramiento, en cuanto implica un reemplazo del titular del mismo, mientras que, en el contexto del encargo de funciones éste continúa ocupándolo, a pesar de que por alguna situación administrativa no puede desempeñar el catálogo de funciones asignado a su empleo.

Se reitera que, si el precepto normativo que contiene la limitante no establece de forma taxativa su aplicación para el desempeño del cargo en encargo, entiende el Consejo de Estado que no se puede invocar la configuración de la inhabilidad aplicable al titular del empleo, por tratarse el encargo de una forma de vinculación de carácter temporal prevista a efectos de superar una dificultad coyuntural de la función pública.

Teniendo en cuenta el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado anotado en precedencia, y que las inhabilidades e incompatibilidades son taxativas y de interpretación restrictiva en criterio de esta Dirección Jurídica, deberá inicialmente determinar, si la situación anotada en su consulta, correspondió a un encargo del cargo, acto que se asemeja a un nombramiento, en cuanto implica un reemplazo del titular del mismo, o correspondió a una designación ante la Junta Directiva de una ESE

En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica sí se trató de un encargo del cargo, y si la incompatibilidad no se encuentra prevista en la norma de forma taxativa para los delegados del gobernador ante la Junta Directiva de una ESE, como es del caso, no es dable aplicarles a estos, las incompatibilidades establecidas para dicho cargo.

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 del Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Luis Fernando Nuñez.

Revisó: Dr. José Fernando Ceballos

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-12-20 03:12:19