

**Función Pública**

# Concepto 021421 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20246000021421\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000021421

Fecha: 15/01/2024 06:38:10 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES Ex servidores públicos. Radicado No.: 20232061062332. Fecha: 2023-11-29.

Me refiero a su comunicación a través de la cual consulta si “Existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que un secretario de salud vigente se postule en el próximo cuatrienio 2024- 2027 al cargo de Gerente de una ESE Pública? ¿Puede Asumir un secretario de salud vigente, una licencia de maternidad en la ESE donde hace parte de la junta directiva?”, esta Dirección Jurídica se permite manifestarle lo siguiente:

Es importante precisar que, conforme a lo previsto en el Decreto 430 de 2016<sup>1</sup>, el Departamento Administrativo de la Función Pública tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En desarrollo de lo anterior, este Departamento Administrativo emite conceptos técnicos y jurídicos mediante los cuales brinda interpretación general de aquellas normas de administración de personal en el sector público que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, pero no es competente para definir casos particulares propios de las diferentes entidades o emitir concepto sobre los actos administrativos o decisiones proferidas por las mismas. Por ende, la respuesta a su consulta hará referencia al fundamento legal descrito, sin que por este hecho se refiera al caso particular; por cuanto tal potestad se le atribuye a la respectiva entidad nominadora por ser quien conoce de manera cierta y detallada la situación de su personal a cargo.

Por otro lado, resulta menester analizar los parámetros legales y jurisprudenciales que han de tenerse en cuenta a la hora de estudiar y aplicar el régimen general de inhabilidades.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en fallo con radicación 11001-03-28-000- 2016-00025-00(IJ) del veintitrés (23) de mayo de dos mil diecisiete (2017), con ponencia de la Magistrada Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, estableció que:

*“las circunstancias de inelegibilidad son límites al derecho de acceso a cargos públicos y al derecho a elegir y ser elegido, inspiradas en razones de interés general y bien común. Son, a su vez, expresiones de un género, dentro del cual existen varias especies, que en querer del Constituyente o del Legislador definen, en buena parte, las condiciones de quien ha de acceder a la función pública. Ello, por medio de la exigencia, bien sea positiva o negativa, de pautas comportamentales y cualificaciones de los sujetos activos y pasivos del acto de elección.”*

*(...) “estas configuran el patrón de conducta y/o el perfil esperado del eventual servidor público antes de ocupar un cargo, así como las particularidades que deben rodear su designación, a través de previsiones que se resumen, por ejemplo, en “hacer”, “no hacer”, “haber hecho” o “no haber hecho”, así como en “ser”, “no ser”, “haber sido” o “no haber sido.”*

*Esa connotación excluyente impone que cualquier pretensión hermenéutica que sobre ellas recaiga debe necesariamente orientarse por el principio de interpretación restrictiva, que demanda que ante la dualidad o multiplicidad de intelecciones frente al precepto que las consagra, se prefiera la más benigna; y, al mismo tiempo, conlleva la proscripción de razonamientos basados en la extensión y la analogía.”*

Aunado a lo anterior, la corporación que por excelencia ostenta la salvaguarda de nuestra Constitución Política, en reiterados pronunciamientos<sup>2</sup> ha sido consistente al manifestar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado<sup>3</sup> en sentencia proferida el 8 de febrero de 2011, refiriéndose al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, 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).

El contenido de la normatividad y jurisprudencia citadas nos permite concluir que, las inhabilidades ostentan un carácter prohibitivo, están expresamente fijadas por la Constitución y la Ley y su interpretación es restrictiva, habida cuenta de que son reglas fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, motivos por los cuales no es procedente hacer respecto de ellas algún tipo de analogías, como tampoco resulta ajustado a derecho, que el intérprete les desdibuje para hacerlas extensivas a circunstancias no comprendidas de manera expresa por el Legislador.

Abandonado el tema en concreto, procedemos a realizar un análisis legal de los aspectos legales que rodean el asunto consultado, por lo que en primer lugar procederemos recordar que el literal a. del numeral 2 del Artículo 8 de la Ley 80 de 1993<sup>4</sup> establece que, 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>5</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:

*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.”*

Conforme con lo anterior, las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades de las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título y sus parientes dentro del primer grado de consanguinidad, están inhabilitadas para contratar directa o indirectamente para contratar con el Estado, 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.

Como podemos observar claramente las dos normas traídas a colación no resultan operantes para el caso consultado, puesto que se tratan de inhabilidades para suscribir contratos de prestación de servicios luego de haber ejercido un cargo como funcionario público del nivel directivo o asesor, o quienes hubieren sido miembros de la junta o consejo directivo de la entidad contratante.

Por otro lado, la Ley 1438 de 2011<sup>6</sup> señala frente a la conformación de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado y las inhabilidades de sus miembros, lo siguiente:

**“ARTÍCULO 70. DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO.** La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de nivel territorial de primer nivel de complejidad, estará integrada de la siguiente manera:

70.1 El jefe de la administración departamental, distrital o municipal o su delegado, quien la presidirá.

70.2 El director de salud de la entidad territorial departamental, distrital o municipal o su delegado.

70.3 Un representante de los usuarios, designado por las alianzas o asociaciones de usuarios legalmente establecidas, mediante convocatoria realizada por parte de la dirección departamental, distrital o municipal de salud.

70.4 Dos (2) representantes profesionales de los empleados públicos de la institución, uno administrativo y uno asistencial, elegidos por voto secreto. En el evento de no existir en la ESE profesionales en el área administrativa, la Junta Directiva podrá integrarse con un servidor de dicha área con formación de técnico o tecnólogo.

(...)

**ARTÍCULO 71. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.** Los miembros de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado no podrán ser representante legal, miembros de los organismos directivos, directores, socios, o administradores de entidades del sector salud, ni tener participación en el capital de estas en forma directa o a través de su cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil o participar a través de interpuesta persona, excepto alcaldes y gobernadores, siempre y cuando la vinculación de estos últimos a la entidad del sector salud obedezca a la participación del ente territorial al que representa.

*Esta inhabilidad regirá hasta por un año después de la dejación del cargo.”. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).*

Es así como, de acuerdo con lo señalado, los miembros de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado no pueden ser representantes legales, miembros de los organismos directivos, directores, socios, o administradores de entidades del sector salud ni tener participación en el capital de estas en forma directa o a través de sus parientes; prohibición que rige hasta por un año después de la dejación del cargo.

Sin perjuicio de lo anterior y en el entendido de que se trata de la provisión de una vacancia temporal por licencia, es indispensable analizar el decreto 1083 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, el cual consagra:

**ARTÍCULO 2.2.5.2.2** Vacancia temporal. *El empleo queda vacante temporalmente cuando su titular se encuentre en una de las siguientes situaciones:*

*Vacaciones. Licencia. Permiso remunerado Comisión, salvo en la de servicios al interior. Encargado, separándose de las funciones del empleo del cual es titular. Suspendido en el ejercicio del cargo por decisión disciplinaria, fiscal o judicial. Período de prueba en otro empleo de carrera.*

*Descanso compensado.”*

*(Numeral 8, adicionado por el Art. 1 del Decreto 770 de 2021)*

*(Modificado por el Art. 1 del Decreto 648 de 2017)*

*(...)*

**ARTÍCULO 2.2.5.3.3** *Provisión de las vacancias temporales. Las vacantes temporales en empleos de libre nombramiento y remoción podrán ser provistas mediante la figura del encargo, el cual deberá recaer en empleados de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.*

*Las vacantes temporales en empleos de carrera, podrán ser provistas mediante nombramiento provisional, cuando no fuere posible proveerlas mediante encargo con empleados de carrera.*

*Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente título, mediante acto administrativo expedido por el nominador.*

**PARÁGRAFO.** *Los encargos o nombramientos que se realicen en vacancias temporales, se efectuarán por el tiempo que dure la misma.*

*(Modificado por el Art. 1 del Decreto 648 de 2017)*

Por consiguiente, cuando se trata de proveer una vacante temporal, el nominador deberá atender de manera estricta las reglas que para ello ha establecido el Decreto 1083 de 2015.

En ese sentido, dando respuesta a la consulta elevada, esta Dirección Jurídica considera que un ex servidor público del nivel directivo no se encuentra inhabilitado para ser nombrado nuevamente en un cargo del mismo nivel o de otro diferente, incluso a pesar de haber hecho parte de la junta directiva de la entidad, debido a que las inhabilidades contempladas en los artículos citados, no se configuran para una nueva vinculación laboral sino que están íntimamente relacionadas con la imposibilidad de que un ex funcionario del nivel directivo o asesor pueda ejercer ciertos cargos en la misma entidad para la cual presto sus servicios o en otra con la cual pretenda suscribir un contrato cuyo objeto tenga relación con el sector al cual estuvo vinculado como funcionario y, el artículo 71 de la ley 1478 de 2011, prohíbe que un miembro de una junta directiva de una ESE, pueda tener participación o ejercer determinados cargos en una entidad del sector salud, ello, sin menoscabo de lo establecido por la normatividad vigente para la provisión de un cargo que se encuentra en vacancia temporal por licencia.

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

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 botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Oscar Eduardo Merchán Álvarez.

Revisó y Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 “Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública”

2 Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

3 Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

4 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”

5 “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.”

6 Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

---

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:37:34