

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000109661

Fecha: 01/07/2015 08:13:46 p.m.

Bogotá D. C.,

Señor:

**JUAN CARLOS SANCHEZ MURIEL**

E-mail: juancasm66@gmail.com

**REF. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.** ¿Es viable vincular en una ESE del orden territorial a un empleado en la modalidad de provisional y que es pariente en primer grado de consanguinidad de un miembro de la junta directiva de la respectiva entidad? **RAD. 20159000091862 del 15 de mayo de 2015.**

Respetado señor:

En atención a su comunicación de la referencia, me permito manifestarle lo siguiente:

Sea lo primero precisar que el nombramiento provisional es una modalidad de vinculación a través de la cual se pueden proveer los empleos de carrera vacantes, cuando no fuere posible hacerlo mediante encargo con servidores públicos de carrera. Su fundamento normativo se encuentra regulado en el artículo 25 de la Ley 909 de 2004:

*"ARTÍCULO 25. PROVISIÓN DE LOS EMPLEOS POR VACANCIA TEMPORAL. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera". (Subrayado fuera de texto)*

De lo anterior se concluye que los nombramientos provisionales se constituyen en un mecanismo de carácter excepcional y transitorio que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa, con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito.

Respecto a las autorizaciones para proveer transitoriamente los empleos de carrera, el Consejo de Estado mediante Auto del 5 de mayo de 2014 dispuso declarar la suspensión provisional de los apartes acusados del artículo 1° del Decreto 4968 de 2007 y la Circular 005 de 2012 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuyos efectos son de obligatorio cumplimiento, razón por la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil ha informado mediante la Circular No. 003 del 11 de junio de 2014, que a partir del 12 de junio de 2014, no otorgará autorizaciones para proveer

transitoriamente los empleos de carrera a través de encargo o nombramiento en provisionalidad, mientras la suspensión ordenada por el Consejo de Estado continúe; lo que indica que actualmente los nombramientos provisionales y la prórroga de los mismos que inicialmente fueron autorizados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, actualmente no requieren de la autorización de dicha Comisión.

De igual forma se indicó en la citada Circular No.003 que las entidades destinatarias de la Ley 909 de 2004 y aquellas que se encuentran provistas de normas aplicables a los sistemas específicos de carrera, tienen el deber de dar estricto cumplimiento a lo normado en los artículos 24 y 25 de la normativa citada y a las reglas especiales de cada sistema.

Advirtió igualmente que si bien las entidades tienen la facultad legal para proveer transitoriamente sus empleos de carrera que se encuentran en vacancia definitiva o temporal, a través del encargo y excepcionalmente a través del nombramiento en provisionalidad, deben en todo caso salvaguardar el derecho preferencial que otorga la carrera a sus titulares, al tenor de lo señalado en los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004 y 9 del Decreto 1227 de 2005 o en las reglas especiales de cada régimen específico, con el fin de proveer esas vacantes.

Conforme a lo anotado, mientras se mantenga la suspensión provisional y hasta que no se produzca un fallo definitivo por parte del Consejo de Estado, sobre los apartes del Decreto y Circular que son de objeto de la demanda de nulidad, las entidades no deben solicitar a la CNSC la autorización para la provisión de empleos, a través de encargo o nombramiento provisionales, debiendo por consiguiente la entidad nominadora aplicar de manera estricta las normas que sobre el particular consagra la Ley 909 de 2004.

Así las cosas, esta Dirección considera que el Gerente de una ESE del orden territorial tiene la facultad legal para proveer transitoriamente sus empleos de carrera que se encuentran en vacancia definitiva o temporal, a través del encargo y excepcionalmente a través del nombramiento en provisionalidad.

Frente al régimen general de inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas, el Decreto-ley 128 de 1976<sup>1</sup>, señala lo siguiente:

*"ARTÍCULO 8. DE LAS INHABILIDADES POR RAZÓN DEL PARENTESCO. Los miembros de las juntas o consejos directivos no podrán hallarse entre sí ni con el gerente o director de la respectiva entidad, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Habrá lugar a modificar la última elección o designación que se hubiere hecho, si con ella se violó la regla aquí consignada."*

*"ARTICULO 11. DE LA PROHIBICION DE DESIGNAR FAMILIARES. Las Juntas y los Gerentes o Directores no podrán designar para empleos en la respectiva entidad a quienes fueren cónyuges de los miembros de aquéllas o de éstos o se hallaren con los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil."*

En este orden de ideas, se considera que las Juntas y los Gerentes o Directores de una Empresa Social del Estado no podrán designar para empleos en la respectiva entidad a quienes

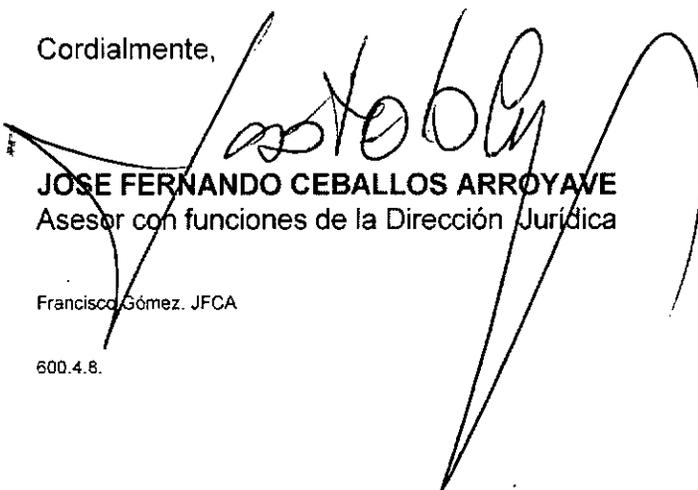
<sup>1</sup> , "Por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas"

fueren cónyuges de los miembros de aquéllas o de éstos, o se hallaren con los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad -padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, primos y sobrinos-, segundo de afinidad -suegros, nueras y cuñados o primero civil -hijos adoptivos y padres adoptantes.

Por consiguiente, esta Dirección considera que si bien el Gerente de una ESE del orden territorial tiene la facultad legal para proveer transitoriamente sus empleos de carrera que se encuentran en vacancia definitiva o temporal, a través del encargo y excepcionalmente a través del nombramiento en provisionalidad, no será viable que designe en un empleo a un pariente en primer grado de consanguinidad de un miembro de la junta directiva de la respectiva entidad, por cuanto el artículo 11 del Decreto-ley 128 de 1976 prohíbe expresamente dichas situaciones.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

  
**JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE**  
Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

Francisco Gómez. JFCA

600.4.8.