



Concepto 232221 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000232221

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000232221

Fecha: 12/06/2020 03:46:12 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES DE INCOMPATIBILIDADES. Ex miembro de junta directiva de ESE. Inhabilidad para que sus parientes contraten con la entidad. RAD. 20209000224962 del 2 de junio de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si un miembro de Junta directiva estuvo hasta el 31 de diciembre de 2019, cuánto dura su inhabilidad e incompatibilidad respecto a familiares para celebrar contrato con una Empresa Social del Estado ESE, me permito manifestarle lo siguiente:

Sobre la inhabilidad consultada, la Ley [1438](#) de 2011, "*Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*", dispone:

“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.”

De acuerdo con el texto legal citado, los miembros de las juntas directivas de las ESE no podrán ser, hasta un año después de la dejación de sus cargos en una entidad del sector salud:

- Representantes legales

- Miembros de los organismos directivos

- Directores

- Socios

- Administradores

- Tener participación en el capital de éstas en forma directa o a través de sus cónyuges, compañeros o compañeras permanentes o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil.

Como se aprecia, la norma no incluyó en esta inhabilidad a los parientes de los miembros de la junta directiva de la ESE.

Cabe señalar que la Ley 1438 de 2011 *“Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*, determina la composición de la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado en los siguientes términos:

“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”.

Conforme con lo señalado, la junta directiva de las Empresas Sociales del Estado, estará integrada por el jefe de la administración departamental, distrital o municipal o su delegado; el director de salud de la entidad territorial departamental, distrital o municipal o su delegado; un representante de los usuarios y dos (2) representantes profesionales de los empleados públicos de la institución, uno administrativo y uno asistencial. Nótese que ninguno de los miembros es un servidor público del nivel directivo o asesor de la entidad de salud, pues los miembros señalados en el numeral 70.4 son del nivel profesional, administrativo y asistencial.

Ahora bien, la Ley 80 de 1993, *“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*, determina en su artículo 8:

“ARTÍCULO 8º.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

(...)

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva: <La expresión "Concursos" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007>

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.

b. Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

c. El cónyuge compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

(...)

f. 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.

(...):”

De acuerdo con el literal a), no pueden contratar con el Estado quienes tengan la calidad de miembro de la junta directiva. Esta inhabilidad perdura para ellos por un año y no se extiende a los parientes de los miembros de la junta directiva.

Los literales b) y c) hacen relación a la inhabilidad de parientes y cónyuges o compañeros permanentes de servidores activos que desempeñan algún empleo del nivel directivo o asesor o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal. Esta inhabilidad no se extiende en el tiempo una vez se retire del servicio el pariente con quien se configura.

El literal f) consagra una inhabilidad dirigida a quienes se retiraron del servicio y ejercieron cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, prohibición que tendrá vigencia por 2 años a partir del retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. Esta inhabilidad opera para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.

Ahora bien, las inhabilidades por ser de carácter restringido, deben estar explícitamente consagradas en la Constitución o en la Ley. Así lo ha indicado la Sala Plena del Consejo de Estado¹ en sentencia emitida el 8 de febrero de 2011, en la que indicó 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 y no puede dársele una interpretación extensiva o analógica. Por lo tanto, la inhabilidad no puede extenderse temporalmente si la norma no lo indica específicamente.

Así las cosas, de acuerdo con la citada legislación, esta Dirección Jurídica, considera que los familiares de las personas que hicieron parte de la Junta Directiva de una ESE, vale decir, ya retirados de la misma, no se encuentran inhabilitados para contratar con la misma entidad, pues la norma no contempla la extensión de esta prohibición en cabeza de los parientes.

Adicionalmente, los empleados de la ESE que integran la Junta Directiva no pertenecen al nivel directivo ni asesor de la entidad y por tanto, no les es aplicable la prohibición contenida en el literal f) del numeral 2° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993.

En caso 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 N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:48:12