



Función Pública

Concepto 048051 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000048051

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000048051

Fecha: 15/02/2021 10:29:04 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES DE INCOMPATIBILIDADES. Ex Miembro de junta directiva de Empresa Social del Estado. Inhabilidad para contratar por haber participado en la junta directiva de la ESE en calidad de delegatario. 20212060057272 del 3 de febrero de 2020.

En la comunicación de la referencia, informa que un servidor público ejerció el cargo de Secretario de Gobierno del municipio G, a su vez para la vigencia 2020 fue delegado en varias ocasiones por el Alcalde Municipal para ser miembro de la Junta Directiva de la E.S.E. de la misma jurisdicción. Dentro del acto de la delegación fungió como presidente de la junta directiva, con voz y voto y aprobó el presupuesto de ingresos y gastos, adiciones presupuestales al presupuesto, aprobación del Plan Anual, entre otros. Con base a lo anterior, el Centro de Salud Señor de los Milagros E.S.E. del Municipio de Gualmatán Departamento de Nariño, consulta si un servidor público, que ejerció el cargo de Secretario de Gobierno de un municipio G, de nivel Directivo y de la cual fue delegado por el alcalde para ejercer como miembro de la Junta Directiva de la E.S.E. en la misma jurisdicción, en la cual tomó decisiones de fondo como: (aprobación del presupuesto de ingresos y gastos, adiciones presupuestales al presupuesto, aprobación del Plan Anual, entre otros), puede ser contratado por la E.S.E. de este municipio, o estaría incurso en alguna inhabilidad o incompatibilidad.

Sobre la inquietud expuesta, me permito manifestarle lo siguiente:

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 8.-De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

(...)

2. 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>

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.

(...).”

(Se subraya).

De acuerdo con lo establecido en el literal a. del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, 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.

Ahora bien, 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:

“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.

(...).”

(Se subraya).

Como se aprecia, en las empresas sociales del estado del nivel departamental, los alcaldes y los directores de salud municipal, hacen parte de la junta directiva. Según la información suministra en la consulta, el Secretario de Gobierno fue delegado por el alcalde para ejercer sus funciones como miembro de la junta directiva de la ESE.

Sobre la viabilidad de aplicar las inhabilidades legales o constitucionales a los servidores que actúan como delegados, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, en sentencia del 30 de agosto de 2018, dentro del proceso con Radicación Número: 11001-03-28-000-2018-00026-00, indicó lo siguiente:

“5. De la diferencia entre la delegación de funciones y la designación en un cargo, bajo la modalidad de encargo.

Es la ley la que permite que el alcalde delegue en sus secretarios ciertas funciones¹³; sin embargo, de ello no se desprende que los delegados se entiendan, en los términos del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, como un reemplazo del burgomaestre.

Lo anterior se explica debido a las diferencias académicas entre las figuras de delegación y reemplazo, ya que mientras la primera, en términos generales, implica el traslado de una determinada competencia de un funcionario a otro, sin que titular pierda esa función; la segunda, alude a

las situaciones de hecho o de derecho en las que el dignatario popular debe ser sustituido por otro.

Estas precisiones conceptuales son de suma importancia para comprender el alcance de la inhabilidad objeto de estudio, toda vez que permiten entender a cabalidad que la persona en la que se delegó ciertas funciones no se erige como un reemplazo del alcalde, al menos no en lo que a las prohibiciones de las trata el artículo en comento se refiere.

En efecto, a través de la figura de la delegación lo que se trasladan son únicamente las funciones, sin que ello implique que el delegado asuma en el cargo del delegatario; aceptar lo contrario, tal y como se propone en la solicitud de suspensión provisional, no solo implicaría modificar el alcance del concepto de delegación, sino aplicar una interpretación extensiva al régimen de inhabilidades de los alcaldes para hacerla, aplicable a personas que no están cobijadas por las mismas, lo cual no está permitido.” (Se subraya).

Según la jurisprudencia citada y, a los delegados de los alcaldes en las juntas directivas de las empresas sociales del estado no les es extensible la inhabilidad que pesa sobre el alcalde como miembros titulares de las juntas directivas de las ESE.

Más recientemente, la misma Corporación, en auto emitido el 29 de octubre de 2020 dentro del expediente con Radicación número: 17001-23-33-000-2020-00022-01, con ponencia del Consejero Carlos Enrique Moreno Rubio, manifestó:

“Luego, la delegación fue regulada en el artículo 9º de la Ley 489 de 1998 así:

<<ARTÍCULO 9. DELEGACIÓN. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión d los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución y en la presente ley.

[...]>>.

Claramente, como indicó la norma legal, la delegación administrativa implica la transferencia del ejercicio de funciones, por parte del delegante, a uno de sus colaboradores que tenga funciones afines al cargo e incluso complementarias.

En este caso, el gobernador de Caldas delegó al secretario de gobierno departamental para que lo representara el 15 de agosto de 2019 en la reunión de la junta directiva de la empresa social del Estado, de la cual hace parte como miembro permanente.

Al acudir a esta figura, el mandatario seccional no queda despojado de su cargo porque simplemente traslada el ejercicio de su función de miembro y presidente del organismo al funcionario de su gabinete departamental para que la lleve a cabo en su representación.

Esta circunstancia hace que el secretario de gobierno no adquiera la calidad de gobernador, ya que simplemente cumple la función en nombre del mandatario seccional en dicha gestión específica y en la fecha en que fue desarrollada la sesión.

Como la delegación estaba circunscrita a esta función, el delegatario en este caso tampoco pasaría a convertirse en miembro de la junta

directiva del Hospital Departamental Santa Sofía, pues es claro que no tiene asiento en el organismo.

Independientemente de la transferencia transitoria hecha para la citada fecha, el mandatario seccional conserva la titularidad del cargo y de la función que por mandato legal desempeña en el órgano de dirección de la empresa de salud del departamento.”. (Se subraya).

De los citados pronunciamientos podemos extractar las siguientes premisas:

El servidor en el que se delegan las funciones no se erige como un reemplazo del alcalde.

Al acudir a esta figura, el mandatario municipal no queda despojado de su cargo porque simplemente traslada el ejercicio de su función de miembro y presidente del organismo al funcionario de su gabinete municipal para que la lleve a cabo en su representación.

El alcalde conserva la titularidad del cargo y de la función que por mandato legal desempeña en el órgano de dirección de la empresa de salud del departamento.

El delegatario tampoco pasaría a convertirse en miembro de la junta directiva de la ESE, pues es claro que no tiene asiento en el organismo.

De acuerdo con los textos legales y jurisprudenciales, en criterio de esta Dirección Jurídica, si el Secretario de Gobierno fue delegado por el alcalde para participar en la junta directiva de una ESE, no por esta razón se convierte en miembro de la junta directiva, sino que actúa con base en unas específicas funciones delegadas por el alcalde. En tal virtud, la inhabilidad contenida en el literal a) del numeral 2° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, no le es aplicable al ex Secretario de Gobierno por cuanto no obtuvo su calidad de miembro de la junta directiva.

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

111602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Mediante esta ley, el Congreso de la República dictó normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, expidió las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución y dictó otras disposiciones sobre la materia.

2. En la sentencia C-561 de 1999, la Corte Constitucional estudió este tema específico y señaló que “[...] La delegación desde un punto de vista jurídico y administrativo es la modalidad de transferencia de funciones administrativas en virtud de la cual, y en los supuestos permitidos por la Ley se faculta a un sujeto u órgano que hace transferencia.

“Todo lo anterior nos lleva a determinar los elementos constitutivos de la Delegación

“1. La transferencia de funciones de un órgano a otro.

“2. La transferencia de funciones, se realiza por el órgano titular de la función.

“3. La necesidad de la existencia previa de autorización legal.

“4. El órgano que confiere la Delegación puede siempre y en cualquier momento reasumir la competencia [...]”

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:16:40