



Función Pública

Concepto 182751 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000182751

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000182751

Fecha: 25/05/2021 03:21:27 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Prohibición de nombrar o contratar a parientes de miembros de junta directiva de ESE. RAD. 20219000417102 del 5 de mayo de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual dio respuesta a la solicitud de esta Dirección mediante radicado No. 20219000206242 del 26 de abril de 2021, solicita concepto frente a la siguiente pregunta: si un sobrino de un miembro activo (Secretario de salud) de la Junta directiva de una Empresa Social del Estado de primer nivel puede suscribir un contrato laboral al interior de la misma institución hospitalaria para desempeñar funciones administrativas, aclarando que la vinculación se haría mediante contrato laboral a término fijo inferior a un año, regido bajo el Código Sustantivo de Trabajo para desempeñar funciones administrativas al interior del Hospital. Agrega que en su criterio se debe tener en cuenta el Decreto Ley 128 de 1976, artículo 11 que prohíbe designar familiares de los miembros de las juntas y los gerentes o directores.

Sobre la inquietud planteada, me permito manifestarle lo siguiente:

Respecto a la aplicación del Decreto Ley 128 de 1976, *“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”*, debe señalarse que esta norma no puede ser aplicada a las Empresas Sociales del Estado, por cuanto éstas gozan de un régimen especial, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 489 de 1998, se sujetan al régimen previsto en las Leyes 100 de 1993, 344 de 1996 y en la misma 489 de 1998 (en los aspectos no regulados por las primeras) y las demás normas que las modifiquen, sustituyan y adicione.

Así lo ha señalado el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B, Consejero Ponente, Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en sentencia del 16 de febrero de 2012, dentro del proceso con Radicación número 11001-03-25-000-2009-00103-00(1455-09):

“No obstante, que el Legislador reprocha la vulneración del régimen de inhabilidades considerándola como falta gravísima y que, tanto el artículo 48 (numeral 17) de la Ley 734 de 2002 como el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, son preexistentes a la conducta endilgada a la demandante; encuentra la Sala que la última de las disposiciones citadas que describe la supuesta inhabilidad en la que incurrió la accionante, no es aplicable expresa ni claramente a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de las Empresas Sociales del Estado, si se tiene en cuenta que, el artículo 1 del Decreto 128 de 1976 señala que son destinatarios de ese cuerpo normativo, los miembros de las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las

que la Nación o sus entidades posean el 90% o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos. En efecto, la disposición en cita prevé:

<<ARTÍCULO 1. DEL CAMPO DE APLICACIÓN. Las normas del presente Decreto, son aplicables a los miembros de las juntas o concejos directivos de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el 90% o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidente (sic) de dichos organismos.

Las expresiones "miembros o concejos", "gerentes o directores" y "sector administrativo" que se utilizan en el presente Decreto, se refieren a las personas y funcionarios citados en el inciso anterior y al conjunto de organismos que integran cada uno de los Ministerios y Departamentos Administrativos con las entidades que les están adscritas o vinculadas >>. (Las subrayas son de la Sala).

Téngase en cuenta que i) de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 (que creó las E.S.E) las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las Asambleas o los Concejos, según el caso y están sometidas al régimen jurídico previsto en dicha Ley, ii) que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 489 de 1998, éste tipo de empresas públicas se sujetan al régimen previsto en las Leyes 100 de 1993, 344 de 1996 y en la misma 489 de 1998 (en los aspectos no regulados por las primeras) y las demás normas que las modifiquen, sustituyan y adicionen y iii) que, como el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, en consonancia con el artículo 1 de esa misma normatividad, no señala expresamente que el mismo se aplica a las Empresas Sociales del Estado (de hecho, cuando se expidió dicho Decreto, las E.S.E. no existían); no hay certeza sobre sí, la infracción del artículo 10 de dicho Decreto, por parte de un miembro de una Junta Directiva de una E.S.E. constituye falta disciplinaria.

De este modo, la conducta de la demandante no puede ser sancionada, pues como ya se vio, de la simple lectura de los artículos 1 y 10 del Decreto 128 de 1976, se infiere que esa normatividad no es aplicable a las Empresas Sociales del Estado, y además, no es clara la tipicidad de la conducta en este caso concreto, pues la misma no se ajusta, en todos sus ingredientes, a la previsión normativa que, dada la naturaleza del derecho disciplinario y los principios de legalidad y tipicidad, no admite interpretación analógica.

Es importante señalar que aun cuando en este caso concreto la conducta de la demandante no puede considerarse típica en relación con la falta que se le endilgó, consistente en la vulneración del referido artículo 10 [del Decreto 128]; no debe perderse de vista que los funcionarios públicos que trabajan en las Empresas Sociales del Estado están sujetos a un régimen de inhabilidades propio y que debe ser observado y cumplido por éstos. No obstante, como no es objeto de este pronunciamiento determinar cuál es el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de las E.S.E. y tampoco si la demandante lo desconoció, la Sala se limita a precisar que, en definitiva, la accionante no es destinataria de la disposición que en este caso concreto invocó la Procuraduría para sancionarla [contenida en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976] y por ello, su conducta no puede considerarse típica en relación con esa norma.

Cabe indicar además que si bien la entidad demandada en este caso si era la competente para investigar y sancionar a la señora Cisneros Rivera y que el trámite que se adelantó estuvo sujeto a las disposiciones que lo regulan; en el sub-lite la violación al derecho al debido proceso se concretó en el momento en que la Procuraduría General de la Nación invocó una norma que no podía ser aplicable a la demandante, como fundamento para investigarla y, posteriormente sancionarla. Adicionalmente, en materia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la jurisprudencia de ésta Corporación ha sido enfática al señalar que las causales de inhabilidad o incompatibilidad están consagradas de manera preclusiva y taxativa en la Constitución Política y en la Ley y por lo mismo, el intérprete no puede darles un alcance extensivo ni por analogía. Así, en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, la Sala Plena del Consejo de Estado consideró, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, 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 este modo, a la entidad demandada no le era viable aplicar extensivamente la disposición contenida en el artículo 10 del citado Decreto 128 y con fundamento en esa disposición, sancionar a la demandante quien no era destinataria de la misma."

En este orden de ideas, esta Dirección Jurídica considera que la prohibición contenida en el artículo 11° del Decreto 128 de 1976, de acuerdo con lo expuesto por el Consejo de Estado en la sentencia citada, no es aplicable a las Empresas Sociales del Estado y, en tal virtud, no puede aplicarse por analogía a los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado.

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", 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.

En el caso expuesto en la consulta, lo pretendido es designar mediante contrato laboral al cónyuge del Secretario de Salud, miembro de la junta directiva de la entidad, situación que no se enmarca en las prohibiciones descritas en el artículo 71 citado.

Respecto a la prohibición de los servidores públicos para nombrar, postular o contratar con personas con las cuales tengan parentesco, el Acto Legislativo 02 de 2015, por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones, señala:

“ARTÍCULO 2 • El artículo 126 de la Constitución Política quedará así:

Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera.

(...)”

(Subraya fuera del texto)

De conformidad con la norma constitucional anteriormente citada, se deduce que la prohibición para el funcionario que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar ni contratar en la entidad que dirige, a personas con las cuales tenga relación de parentesco en los grados señalados en la citada norma constitucional, es decir, hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o relaciones de matrimonio o unión permanente. Tampoco podrá nombrar ni contratar a personas vinculadas por los mismos lazos con el servidor público competente para intervenir en la vinculación del nominador. Esta prohibición tiene como única excepción los nombramientos que se hagan en la aplicación a las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por concurso.

Según la información suministrada en la consulta, el Secretario de Salud del Municipio, miembro de la Junta Directiva de la ESE, es cónyuge de quien aspira a ser nombrado mediante contrato laboral. El citado servidor no actúa como nominador de la ESE ni interviene en el nombramiento del mismo.

En tal virtud, esta Dirección Jurídica considera que el cónyuge del Secretario de Salud, miembro de la Junta Directiva, podrá acceder al cargo mediante contrato laboral por cuanto no tiene parentesco con su nominador (gerente de la ESE).

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

Proyectó: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:49:49