



# Función Pública

## Concepto 032541 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20246000032541\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000032541

Fecha: 19/01/2024 10:23:15 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES Familiares de miembros de junta directiva de ESE.

Radicado No.: 20239001071642 Fecha: 2023-12-04

Se plantea la siguiente situación y consultas:

*"Soy miembro de la Junta Directiva del Hospital Departamental de Villavicencio, Empresa Social del Estado de SEGUNDO NIVEL quiero aclarar que los estatutos del Hospital dice que las inhabilidades, incompatibilidades y restricciones para nosotros son los de LEY:*

*1- Como miembro de la junta Directiva, pueden familiares míos trabajar en el hospital*

*2- Como miembro de la junta Directiva, pueden familiares míos contratar en el hospital 3- Quiero saber cuáles son las inhabilidad, incompatibilidades y restricciones que YO tengo en esa representación*

*4- que normas aplica para nosotros los miembros de Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado respecto a inhabilidades, incompatibilidades y restricciones."*

Antes de dar respuesta a su consulta, 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.

En primer lugar, 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 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).

La normatividad y jurisprudencia citada 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.

En aras de brindar respuesta a sus interrogantes, es preciso llevar a cabo el siguiente análisis legal.

En relación con las inhabilidades e incompatibilidades previstas para los miembros de juntas directivas de las Empresa Sociales del Estado, la Ley 1438 de 2011<sup>4</sup>, señala:

*“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 la norma transcrita, los miembros de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado no podrán vincularse como representante legal, miembros de los organismos directivos, directores, socios, o administradores de entidades del sector salud, 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, inhabilidad que regirá hasta por un año después de la dejación del cargo. Tampoco podrán tener participación en el capital de éstas 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.

De otro lado, la ley 80 de 1993<sup>3</sup> establece:

*“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:*

*(...)*

*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.*

*(...)”*

Ahora bien, es menester que en el análisis del caso concreto se verifique si la el miembro de la junta directiva de la ESE funge a su vez como

servidor público vinculado a la misma entidad y si es así, debemos estudiar el régimen general que en materia de inhabilidades aplica a los servidores públicos.

El artículo 126 de la Constitución Política colombiana consagra:

*“ARTICULO 126. 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.*

*(...)”*

Con el ánimo de abordar su primer consulta (*Como miembro de la junta Directiva, pueden familiares míos trabajar en el hospital*), esta Dirección jurídica se permite señalar que, de conformidad con el artículo 71 de la ley 1438 de 2011 no existe inhabilidad para que los familiares de un miembro de la junta directiva se vincule como servidor en la misma entidad, sin embargo, si el miembro de la junta ostenta la calidad de servidor público y a su vez dicho cargo le brinda facultades nominadoras, el artículo 126 de la Constitución Política le probaría nombrar, postular o contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien esté ligado por matrimonio o unión permanente.

Por otro lado, dando respuesta a la segunda consulta (*“Como miembro de la junta Directiva, pueden familiares míos contratar en el hospital”*) es preciso tener en cuenta que, de conformidad con el literal c) del numeral segundo de la Ley 80 de 1993, los cónyuges o compañeros permanentes de miembros de juntas directivas no podrán suscribir contratos con la entidad respectiva, igualmente, si el miembro de la junta ostenta un cargo como servidor público y a su vez este es del nivel directivo o asesor, deberá observar el precepto contenido en el literal b) del numeral segundo del artículo 8 de la ley 80 de 1993, que prohíbe contratar con la entidad a las personas con quienes el servidor público del nivel directivo o asesor tenga vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Por ultimo y dando respuesta las dos últimas interrogantes planteadas (*“Quiero saber cuáles son las inhabilidad, incompatibilidades y restricciones que YO tengo en esa representación - que normas aplica para nosotros los miembros de Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado respecto a inhabilidades, incompatibilidades y restricciones”*), la norma que establece el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de Empresas Sociales del Estado es el artículo 71 de la Ley 1438 de 2011. Ahora, si el miembro de la junta en particular funge igualmente como servidor público, también deberá observar la prohibición que consagra el artículo 126 de la Constitución Política. Cabe resaltar que los preceptos contenidos en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 recaen sobre quien pretende contratar con el Estado, mas no hacen parte del régimen directo de los servidores o de los miembros de las juntas directivas, no obstante, es necesario analizar esta norma para brindar un panorama claro respecto a la situación planteada en la consulta.

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: Harold Israel Herreno S.

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”

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

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

4Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

5Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

Fecha y hora de creación: 2025-02-10 10:08:35