



Función Pública

Concepto 048481 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000048481

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000048481

Fecha: 29/01/2024 10:11:30 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES Junta directiva E.S.E. Radicado No.: 20239001135192. Fecha: 2023-12-20

En atención a su comunicación, mediante la cual precisa:

"...1. Que conforme a 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", la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de nivel territorial estará integrada, entre otros, por el jefe de la administración departamental, quien la presidirá.

Asimismo, el artículo 71 de dicha ley señala el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de las juntas directivas de las Empresa Sociales del Estado. En ese sentido, teniéndose norma especial para el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de las juntas directivas de las Empresa Sociales del Estado, no le aplicarían las disposiciones contenidas 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".

Lo anterior, de conformidad con lo señalado por 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), en la cual estudió la posibilidad de aplicar las disposiciones contenidas en el Decreto 128 de 1976 a los miembros de junta directiva de las Empresas Sociales del Estado:

"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".

Ahora bien, a lo anterior, se suma lo contemplado en la Ley 617 de 2000, artículo 49, el cual fue objeto de modificación por la Ley 1148 de 2007, artículo 1, y la Ley 2296 de 2009; las cuales, hacen alusión a las prohibiciones relativas a los cónyuges (compañeros permanentes) y parientes de los gobernadores y otros. Mediante Sentencia C-093 de 2008, dicho artículo fue declarado EXEQUIBLE, en el entendido de que esta prohibición se predica de los parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil, como lo establece el artículo 292 de la Constitución Política. (Subrayado nuestro).

Por lo tanto, teniéndose el anterior contexto normativo, me permito realizar la siguiente: ii. CONSULTA

¿Cuál es el régimen normativo, expreso y restrictivo, de inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de la junta directiva de una Empresa Social del Estado?, y, en ese sentido ¿les aplica por analogía el régimen general del estatuto anticorrupción, el régimen de las entidades descentralizadas o les aplica un régimen especial? ¿Existe causal de inhabilidad, incompatibilidad y/o prohibición legal para que el cuñado (segundo grado de afinidad) de un gobernador, presidente de la junta directiva de la ESE Departamental, sea contratista de prestación de servicios profesionales (medico ortopedista) en la misma? Para responder lo anterior, téngase presente que la asignación presupuestal mediante la cual se realiza el pago de los honorarios a dicho profesional son las apropiaciones presupuestales y se imputan con cargo al rubro de servicios médicos especializados; en los cuales, no tiene incidencia la junta directiva. De acuerdo al interrogante anterior, de existir causal de inhabilidad e incompatibilidad o prohibición, ¿cuál sería el término de duración de cada una de ellas..." [Sic].

En primer lugar, en relación con las inhabilidades e incompatibilidades del sistema general de seguridad social en salud, 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", 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

En consecuencia, con base en las presiones realizadas, se da respuesta a cada una de sus preguntas, de la siguiente manera:

¿Cuál es el régimen normativo, expreso y restrictivo, de inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de la junta directiva de una Empresa Social del Estado?, y, en ese sentido ¿les aplica por analogía el régimen general del estatuto anticorrupción, el régimen de las entidades descentralizadas o les aplica un régimen especial?

De conformidad con el marco legal precisado, el régimen normativo respecto de las inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de la junta directiva de una Empresa Social del Estado son los precisados en la Ley 1438 de 2011.

¿Existe causal de inhabilidad, incompatibilidad y/o prohibición legal para que el cuñado (segundo grado de afinidad) de un gobernador, presidente de la junta directiva de la ESE Departamental, sea contratista de prestación de servicios profesionales (medico ortopedista) en la misma? Para responder lo anterior, téngase presente que la asignación presupuestal mediante la cual se realiza el pago de los honorarios a dicho profesional son las apropiaciones presupuestales y se imputan con cargo al rubro de servicios médicos especializados; en los cuales, no tiene incidencia la junta directiva.

Se considera pertinente referirnos a las prohibiciones para el cargo de gobernador contenidas en la Ley 136 de 1994¹ modificada por la 617 de 2000², que establece lo siguiente:

"ARTICULO 49. PROHIBICIONES RELATIVAS A CÓNYUGES, COMPAÑEROS PERMANENTES Y PARIENTES DE LOS GOBERNADORES, DIPUTADOS, ALCALDES MUNICIPALES Y DISTRITALES; CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES. Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas. (Inciso 2o. declarado EXEQUIBLE, salvo el aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-903 de 17 de septiembre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araújo Rentería, 'en el entendido de que esta prohibición se predica de los parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil, como lo establece el artículo 292 de la Constitución Política.')

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

(Subraya fuera de texto)

PARÁGRAFO 1o. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

PARÁGRAFO 2o. Las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios.

PARÁGRAFO 3o. Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría. Tratándose de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el presente artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil." (Apartes 'compañero permanente' del texto artículo 1 de la Ley 1148 de 2009 declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE**, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029 de 28 de enero de 2009, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, '... en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo".

Con base en la norma transcrita, y para el caso en particular, existe prohibición para que los parientes de un gobernador en el segundo grado de afinidad sean contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente, por lo tanto, el cuñado (segundo grado de afinidad) de un gobernador, presidente de la junta directiva de la E.S.E Departamental, presenta prohibición expresa para ser contratista de prestación de servicios profesionales (medico ortopedista) en la misma E.S.E Departamental.

De acuerdo al interrogante anterior, de existir causal de inhabilidad e incompatibilidad o prohibición, ¿cuál sería el término de duración de cada una de ellas

Se considera pertinente referirnos a las prohibiciones para el cargo de gobernador contenidas en la Ley 2200 de 2022³, que establece lo siguiente:

ARTÍCULO 114. *Duración. Las incompatibilidades tendrán vigencia durante el período constitucional para el cual fue elegido y hasta doce (12) meses después del vencimiento del periodo o retiro del servicio.*

PARÁGRAFO 1. *Quien fuere llamado a ocupar el cargo de gobernador, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.*

De la transcripción del artículo se precisa que el termino de duración de las incompatibilidades de los gobernadores luego tendrá vigencia durante el período constitucional del gobernador y hasta doce (12) meses después del vencimiento del periodo o retiro del servicio.

Por su parte, la Ley 80 de 1993⁴, señala lo siguiente:

“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.

En este orden de ideas, de acuerdo con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y para el caso en particular, no podrá participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva el cuñado (segundo grado de afinidad) de un gobernador, presidente de la junta directiva de la ESE Departamental, prohibición que dura hasta el periodo del gobernador.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el Gestor Normativo podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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 CORTES

Dirección Jurídica.

Proyectó: Julian Garzón L.

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1“Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.”

2“Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”.

3 Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los departamentos.

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

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:21:01