



Función Pública

Concepto 120681 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000120681

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000120681

Fecha: 01/03/2024 09:26:38 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES Ex miembros de Junta Directiva de una ESE. Radicado No. 20242060069262. Fecha: 2024-01-24.

"Me permito solicitar concepto sobre las posibles inhabilidades que tenga un exintegrante de la junta directiva de una Empresa Social del Estado de primer nivel de atención en un municipio de sexta categoría, para contratar con la ESE o con el Municipio donde está ubicada la entidad de salud.

Dentro de la junta directiva de una ESE de primer nivel debe haber representación de un empleado del área administrativa que desempeñe cargo del nivel profesional y si éste no existe el representante será del nivel técnico. Este es el caso de consulta: el representante ante la junta directiva del área administrativa de una ESE de primer nivel de atención, desempeña un cargo del nivel técnico. Esta persona se pensiona en el mes de Febrero de 2024 e igualmente termina el período de 4 años en ese mes. En el mes de Marzo de 2024 puede contratar con la ESE una asesoría teniendo en cuenta que el exfuncionario es profesional?. Puede contratar una asesoría con el municipio donde está la ESE? Si está inhabilitado para hacerlo, ¿por cuánto tiempo es la inhabilidad?."

Antes de dar respuesta a su consulta, es importante precisar que, conforme a lo previsto en el Decreto [430](#) de 2016¹, 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 pronunciamientos² 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 Estado³ 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).

El contenido de la normatividad y jurisprudencia citadas 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 primer lugar, resulta menester manifestar que la situación planteada carece de claridad, habida cuenta de que no se eleva una consulta en concreto, sino que al parecer se manifiesta solo una inconformidad y una queja, cuyo conocimiento no es de competencia de esta entidad; no obstante, llevaremos a cabo un análisis de la conformación de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado y del régimen de inhabilidades de sus miembros.

Ahora bien, en relación con la situación planteada, la Ley 1438 de 2011 señala frente a la conformación de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado y las inhabilidades de sus miembros, lo siguiente:

“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.

(...)

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.”. (subrayado por fuera del texto original).

Atendiendo de manera estricta la forma en que debe ser interpretado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que además ya ha sido desarrollado en el presente escrito, esta Dirección Jurídica se permite manifestar que, con base en el precepto legal contenido en el artículo 71 de la Ley 1438 de 2011, 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.

A su vez, la Ley 80 de 1993⁴, en cuanto a las inhabilidades para contratar con el Estado, señala:

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

(...)

Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

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.

Conforme a lo preceptuado por la norma en cita, quienes fueron miembros de una junta o consejo directivo de una entidad pública, estarán inhabilitados para contratar con la misma, prohibición que se entiende por el término de un año contado a partir de la fecha de su retiro. No obstante, dicha inhabilidad solo aplica para quienes desempeñaron cargos directivos, asesor o ejecutivos.

En este orden de ideas, no se evidencia prohibición alguna para que el miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado pueda suscribir un contrato de prestación de servicios con una ESE del mismo ente territorial, diferente a aquella en la cual fungió como miembro de su junta directiva, o de algún otro municipio o entidad, máxime si tenemos en cuenta que la inhabilidad consagrada por el literal a) del numeral segundo del artículo 8 de la ley 80 de 1993, solo opera para contratar con la misma entidad y respecto de quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo.

Aunado a lo anterior, tampoco se evidencia inhabilidad alguna para que contrate por prestación de servicios con el ente territorial en donde está ubicada la ESE en la cual fungió como miembro de junta directiva.

Por otro lado, se reitera que no existe inhabilidad en el caso consultado, no obstante, se deja de presente que las inhabilidades de los miembros de juntas directivas de las Empresas Sociales del estado, rigen por el término de un año después de la dejación del cargo.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva, en el botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Oscar Eduardo Merchán Álvarez

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

“Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública”

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

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

Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración PÚBLICA

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 15:16:17