

**Función Pública**

Concepto 214161 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000214161

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000214161

Fecha: 04/06/2020 10:53:28 a.m.

Bogotá

Ref.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Resulta viable que el servidor que terminó su periodo como Gerente de la Empresa Social del Estado, sea designado mientras se surte el nuevo proceso de selección, en el cual también participará? ¿Resulta de aplicación para los miembros de las juntas directivas de las ESES el Decreto 128 de 1976? Rad. 20209000196032 del 20 de mayo de 2020.

En atención a su consulta contenida en el oficio de la referencia, relacionada con la viabilidad de que el servidor que terminó su periodo como Gerente de la Empresa Social del Estado, sea designado nuevamente por el Alcalde y a su vez participe del nuevo concurso; y de otra parte pregunta sobre la aplicación para los miembros de las juntas directivas de las ESES del Decreto 128 de 1976, me permito informarle lo siguiente:

El artículo 28 de La Ley 1122 de 2007 estableció que los periodos de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, en todos los niveles de la administración, serían institucionales; así mismo, amplió su duración a cuatro años, a efecto de unificarlos con los períodos del Presidente de la República, de los Gobernadores y de los Alcaldes Municipales, así:

“ARTÍCULO 28. DE LOS GERENTES DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por períodos institucionales de cuatro (4) años, mediante concurso de méritos que deberá realizarse dentro de los tres meses, contados desde el inicio del período del Presidente de la República o del Jefe de la Entidad Territorial respectiva, según el caso. Para lo anterior, la Junta Directiva conformará una terna, previo proceso de selección de la cual, el nominador, según estatutos, tendrá que nombrar el respectivo Gerente. (Parte subrayada declarada exequible condicionada en sentencia C- 181 de 2010.)

Los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el Reglamento, o previo concurso de méritos. (Negrilla y subrayado fuera del texto)

(…)

Por otra parte, la Ley 1791 de 2016, “por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones” estableció:

“ARTÍCULO 20. Nombramiento de Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial serán nombrados por el Jefe de la respectiva Entidad Territorial. En el nivel nacional los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados por el Presidente de la República. Corresponderá al Presidente de la República, a los Gobernadores y los Alcaldes, dentro de los tres (3) meses siguientes a su posesión, adelantar los nombramientos regulados en el presente artículo, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo establecidos en las normas correspondientes y evaluación de las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública. Los Gerentes o Directores de las Empresas Sociales del Estado serán nombrados para periodos institucionales de cuatro (4) años, el cual empezará con la posesión y culminará tres (3) meses después del inicio del periodo institucional del Presidente de la República, del Gobernador o del Alcalde. Dentro de dicho periodo, solo podrán ser retirados del cargo con fundamento en una evaluación insatisfactoria del plan de gestión, evaluación que se realizará en los términos establecidos en la Ley 1438 de 2011 y las normas reglamentarias, por destitución o por orden judicial.

(...) (Negrilla y subrayado fuera del texto original).”

De acuerdo con la normativa transcrita, en especial lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado podrán ser reelegidos por una sola vez, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador o por superar concurso de méritos, teniendo en cuenta para ello los parámetros establecidos para el efecto en la Ley 1438 de 2011 y en el Decreto 52 de 2016.

Así las cosas, la reelección está permitida por una sola vez, siempre y cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador o por que el ex gerente supere nuevamente el concurso de méritos, previa verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley y el procedimiento que se ha dejado indicado.

Ahora bien, respecto del encargo, teniendo en cuenta que se presenta vacancia definitiva del empleo, me permito manifestarle lo siguiente:

El encargo es una situación administrativa creada para proveer empleos en vacancia temporal o definitiva, que está prevista en el Decreto 1083 de 2015¹, que al respecto establece:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.41 Encargo. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

El encargo no interrumpe el tiempo de servicio para efectos de la antigüedad en el empleo del cual es titular, ni afecta los derechos de carrera del empleado”. (...)

De conformidad con lo expuesto el encargo conlleva la designación temporal a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo. Esto significa, que el empleado podrá desempeñar simultáneamente las funciones del cargo para el cual fue designado mediante encargo y las del empleo del cual es titular; o únicamente desempeñará las funciones del cargo para el cual fue designado en encargo; en ambos eventos el encargo procede mediante acto administrativo del nominador, en este caso del Alcalde.

Así las cosas, en caso de presentarse una falta temporal del Gerente de una Empresa Social del Estado, como en el presente caso, se considera que el nominador podrá designar en forma temporal mediante encargo a un empleado de la misma institución o de otra (Administración municipal), que cumpla con los requisitos establecidos en la ley para dicha designación, con el objetivo de no afectar la continuidad en la prestación de los servicios en la empresa, dando aplicación a las normas generales que regulan el empleo público (Decreto 1083 de 2015).

El encargo podrá recaer en empleados de carrera, o en empleados que desempeñen cargos de libre nombramiento y remoción siempre y cuando se acrediten los requisitos para su desempeño.

Adicionalmente, es preciso señalar que si en la Empresa Social del Estado no hay un empleado con los requisitos exigidos para ser encargado como Gerente, se tendrá que certificar dicha situación y se procederá a nombrar de forma temporal, transitoria o provisional a una persona particular que cumpla con los requisitos requeridos, quien estará vinculado mientras transcurre el tiempo que motivó la vacancia.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la aplicación de las limitaciones contenidas en el Decreto 128 de 1976 al Gerente y los miembros de la junta directiva de la Empresa Social del Estado, tenemos la siguiente normativa:

La Ley 489 de 1998², en relación con el tema consultado dispone:

“ARTÍCULO 83. Empresas sociales del Estado. Las empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y a la presente ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.”

Las prohibiciones a las que hace alusión en su consulta, están contenida en los artículos 10° y 14° del Decreto Ley 128 de 1976³, que sobre el particular señala:

“ARTÍCULO 10°.- De la prohibición de prestar servicios profesionales. Los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece.”

ARTÍCULO 14.- De las incompatibilidades de los miembros de las juntas y de los gerentes o directores. Los miembros de las juntas o consejos directivos y los gerentes o directores no podrán, en relación con la entidad a la que prestan sus servicios y con las que hagan parte del sector administrativo al cual pertenece aquella:

- a) Celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno;*
- b) Gestionar negocios propios o ajenos, salvo cuando contra ellos se entablen acciones por dichas entidades o se trate de reclamos por el cobro de impuestos o tasas que se hagan a los mismos, a su cónyuge o a sus hijos menores, o del cobro de prestaciones y salarios propios.*

Las prohibiciones contenidas en el presente artículo regirán durante el ejercicio de las funciones y dentro del año siguiente al retiro de la entidad.

Tampoco podrán las mismas personas intervenir, por ningún motivo y en ningún tiempo, en negocios que hubieren conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones.

No queda cobijado por las incompatibilidades de que trata el presente artículo el uso que se haga de los bienes o servicios que la respectiva entidad ofrezca al público bajo condiciones comunes a quienes los soliciten.

Quienes como funcionarios o miembros de las juntas o consejos directivos de los organismos a que se refiere este artículo admitieren la intervención de cualquier persona afectada por las prohibiciones que en él se consagran, incurrirán en mala conducta y deberán ser sancionados de acuerdo con la ley.

El Decreto en cita está dirigido a los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y a los representantes legales de las mismas. Sin embargo, esta norma no puede ser aplicada a los miembros de 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 adicionen.

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 endiligada 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 si, 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 aún 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 las prohibiciones contenidas en los artículos 10° y 14° del Decreto 128 de 1976, de acuerdo con lo expuesto por el Consejo de Estado en la sentencia citada, no son aplicables 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 y por ello, por esta norma no existiría impedimento para que la persona que fue Gerente de la E.S.E y por consiguiente miembro de la Junta Directiva, sea encargado en la misma entidad, pues la legislación no prevé una limitante o inhabilidad en este sentido.

Así las cosas y respondiendo puntualmente sus preguntas tenemos:

1. Una vez el Gerente de una Empresa Social del Estado ha terminado su periodo podrá ser reelegido por una vez más, cuando la Junta Directiva así lo proponga al nominador, siempre y cuando cumpla con los indicadores de evaluación conforme lo señale el reglamento, o previo concurso de méritos. De manera que, respondiendo puntualmente su pregunta, el Gerente que termina su periodo y es nuevamente designado por el Alcalde, no podrá ser reelegido a través de concurso de méritos, toda vez que la norma sólo permite su reelección por una vez.

2. Respecto de la aplicación de las prohibiciones contenidas en los artículos 10° y 14° del Decreto 128 de 1976 a los miembros de las Juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado, le informo que de acuerdo con lo expuesto por el Consejo de Estado en la sentencia citada, no son aplicables a las Empresas Sociales del Estado y, en tal virtud, no pueden aplicarse por analogía a los miembros de sus Juntas Directivas.

3. Finalmente, en caso de presentarse una falta temporal del Gerente de una Empresa Social del Estado, se considera que el nominador podrá designar en forma temporal mediante encargo a un empleado de la misma institución o de otra (Administración municipal), que cumpla con los requisitos establecidos en la ley para dicha designación, con el objetivo de no afectar la continuidad en la prestación de los servicios en la empresa, dando aplicación a las normas generales que regulan el empleo público (Decreto 1083 de 2015).

El encargo podrá recaer en empleados de carrera, o en empleados que desempeñen cargos de libre nombramiento y remoción siempre y cuando se acrediten los requisitos para su desempeño.

Adicionalmente, es preciso señalar que si en la Empresa Social del Estado no hay un empleado con los requisitos exigidos para ser encargado como Gerente, se tendrá que certificar dicha situación y se procederá a nombrar de forma temporal, transitoria o provisional a una persona particular que cumpla con los requisitos requeridos, quien estará vinculado mientras transcurre el tiempo que motivó la vacancia temporal.

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 link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/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

Director Jurídico

Maia Borja/ALC

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”.

2. “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden 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 Política y se dictan otras disposiciones”.

3. “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”.

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:29:19