



Concepto 281451 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000281451

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000281451

Fecha: 30/06/2020 12:22:47 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Gerente Empresa Social del Estado. Ex contratista para ser gerente de una ESE. RAD.: 20209000217612 del 30 de mayo de 2020.

En atención a la consulta de la referencia, en el cual consulta si una persona que suscribió un contrato de prestación de servicios como apoyo a acciones de promoción y prevención en salud con ocasión de la contingencia por la pandemia del Covid-19, se encuentra inhabilitada para ser elegida Gerente de una Empresa Social del Estado de acuerdo con lo establecido en el Decreto 128 de 1976, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

La Sala Plena del Consejo de Estado¹ en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del 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).

Conforme con lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

Ahora bien, se observa que en su consulta se cita el Decreto 128 de 1976, el cual establece inhabilidades e incompatibilidades para quienes se desempeñaron como miembros de las juntas o consejos, o gerentes o directores de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, norma que en criterio de esta Dirección Jurídica no resulta aplicable al caso planteado.

Por otro lado, respecto de las inhabilidades para ser designado como Gerente de ESE, 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 cargo."

De acuerdo con la norma, los miembros de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado no podrán ser representantes legales, 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. La anterior inhabilidad regirá hasta por un año después de la dejación del cargo.

Por lo anterior se concluye que quien suscribió un contrato de prestación de servicios en el sector salud, no se encuentra inhabilitado para ser Gerente de una Empresa Social del Estado, toda vez que no se encontró norma que impida que un contratista sea designado como Gerente de una ESE.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, 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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó y aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:24:21