

**Función Pública**

Concepto 092601 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000092601

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000092601

Fecha: 26/02/2022 02:55:33 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Miembros de Junta Directiva. Inhabilidad para ser vinculado en la Empresa Social del Estado habiendo sido gerente de la misma. RAD. 20222060092282 del 21 de febrero de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si puede un gerente de Empresa Social del Estado cuyo nombramiento fue anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ser vinculado en un cargo directivo de la misma entidad en que fungió como gerente, sin que hubiere transcurrido un año desde su retiro, considerando la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, me permito manifestarle lo siguiente:

Sin entrar a analizar los efectos de la declaratoria de nulidad del nombramiento del Gerente de la Empresa Social del Estado, esta Dirección considera que el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 no es aplicable al caso consultado, primero, porque el citado Decreto no es aplicable a este tipo de entidades y, segundo, porque la prohibición que contiene el mismo no hace referencia a cargos públicos, sino a vinculación por medio de contratos administrativos. Los argumentos que fundamentan este criterio son los siguientes:

El artículo 83 de la Ley 489 de 1998, *“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”*, establece lo siguiente:

“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 en la presente Ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.”

La prohibición a la que hace alusión en la consulta, está contenida en el artículo 10° del 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”*, que 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 aquella pertenece.”

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 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. 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 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 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 Consejos, 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 adicione 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 aun 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 esta 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."

De acuerdo con lo expuesto por el Consejo de Estado en la sentencia citada, la prohibición contenida en el artículo 10° del Decreto 128 de 1976, no es aplicable 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 a los gerentes o directores de las mismas.

Adicionalmente, la misma corporación, Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Consejero Germán Alberto Bula Escobar, en concepto No. 2395 emitido el 5 de febrero de 2019, y por solicitud de este Departamento Administrativo, indicó lo siguiente:

“4. Visto el marco legal existente cuando entró a regir el Decreto Ley 128 de 1976, es preciso transcribir de nuevo el 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 aquella pertenece».

El texto permite hacer las siguientes observaciones:

a) La prohibición que establece se dirige a dos grupos de destinatarios que tienen regímenes diferentes:

(i) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Para la época -y actualmente- los consejos y juntas directivas de las entidades públicas se integran con empleados públicos y con particulares, por regla general; y entonces como ahora, los particulares no adquieren la calidad de empleados públicos pero ejercen funciones públicas cuando forman parte de esos órganos directivos.

En consecuencia, la prohibición de prestar servicios debe traducirse en la prohibición de celebrar el contrato de prestación de servicios profesionales, tanto para los empleados públicos como para los particulares, y excluye naturalmente la relación legal y reglamentaria porque no podría prohibirla a quienes ya se regulan por ella y carecería de sentido referirla a los particulares.

(ii) Los directores o gerentes. Se trata de empleados públicos, como regla general, por tratarse de las entidades descentralizadas del nivel nacional bajo el régimen de los Decretos Leyes 1050, 3130 y 3135 del 1968.

b) El artículo 10 en comento, cuando se refiere a los miembros de las juntas o consejos directivos, extiende la prohibición de «prestar servicios profesionales» al tiempo del ejercicio de funciones y un año más a partir de su retiro. Con esta previsión cabe concluir que el legislador extraordinario se aseguró de que la prohibición se entendiera aplicable a todos los miembros del órgano directivo -empleados públicos o no -, durante el lapso anotado.

c) Para los directores y gerentes, que como empleados públicos se encuentran en la relación legal y reglamentaria, la prohibición se circunscribe al año siguiente al retiro del cargo, y en consecuencia claramente solo puede referirse a la celebración del contrato administrativo de prestación de servicios y no al vínculo laboral porque lo inhibiría.

d) En cuanto al contrato de prestación de servicios como contrato típicamente administrativo o de derecho público, después de la Ley 167 de 1941, los Decretos Leyes 150 de 1976 y 222 de 1983 lo regularon de la misma manera.

Además, los decretos leyes en mención consagraron para los miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas y para los empleados oficiales - expresión que incluye a los representantes legales de las mismas entidades, como regla general -, la prohibición (a título de incompatibilidad) de celebrar los contratos regulados en tales estatutos, o sea, también el de prestación de servicios.

Cabe entonces acudir a la regla de interpretación de la ley, incorporada como artículo 28 del Código Civil, según la cual:

«ARTÍCULO 28. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.»

De manera que, la expresión «prestar servicios profesionales» era el objeto de un contrato típico de derecho público y su uso en el Decreto Ley 128 de 1976 debía entenderse en el mismo sentido.

La conclusión de estos primeros comentarios es, en criterio de la Sala, que tratándose de los miembros de juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas y de sus gerentes y directores, la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 de «prestar servicios profesionales» se manifiesta necesariamente en la prohibición de celebrar el contrato que tuviera ese objeto y que estaba tipificado como administrativo o de derecho público en la legislación vigente para la época. Y que si comprendiera la relación legal y reglamentaria

implicaría la negación del ejercicio del empleo público.

(...)

La prohibición contenida en la norma citada es una tacha normativa que busca asegurar varios de los principios sustantivos que gobiernan el cumplimiento de la función pública como la moralidad y la transparencia (C.P. art. 209), y precave un posible conflicto entre los intereses públicos y privados.

También responde a un fin constitucionalmente legítimo como es el de abolir indebidas influencias, favoritismos o ventajas inaceptables en la Administración, que se presentarían de aceptarse que los ex servidores públicos dentro de un plazo razonablemente dispuesto posterior a su desvinculación, puedan, sin límite alguno, asistir, asesorar o representar al organismo, entidad o corporación a la cual prestaron los servicios en las capacidades descritas por la norma, las cuales entrañan ejercicio de poder.

Empero, como se ha anotado en acápites anteriores, existen diferencias entre la prestación de servicios profesionales y la vinculación legal y reglamentaria.

Del texto transcrito se desprende que la inhabilidad se refiere expresamente a la prestación de servicios profesionales y no a la asunción de funciones públicas. Una lectura más allá de lo establecido en la disposición sería una interpretación extensiva que no es viable en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, pues son de interpretación restrictiva.

Si el legislador extraordinario hubiera querido prohibir el desempeño de funciones públicas lo habría establecido sin hesitación alguna.

Por tanto la norma debe ser interpretada bajo la óptica de que lo proscrito es que miembros de juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores de los mismos establecimientos públicos dentro del año siguiente a su retiro, celebren contrato de prestación de servicios profesionales con el establecimiento público respectivo o con los demás organismos y entidades que hagan parte del sector administrativo al que aquellos pertenecen.

Así las cosas, debe entenderse como permitida la vinculación legal y reglamentaria de los exmiembros de juntas o consejos y de los exgerentes y exdirectores tanto en las entidades descentralizadas y en las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, en las que actuaron, como en el sector administrativo implicado."

(Se subraya).

De acuerdo con el concepto citado con antelación, la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 sobre la prestación de servicios profesionales en la misma entidad dentro del año siguiente a la dejación de su cargo, hace relación a la celebración de contrato de prestación de servicios profesionales con el establecimiento público respectivo o con los demás organismos y entidades que hagan parte del sector administrativo al que aquellos pertenecen, dejando fuera de la prohibición la vinculación legal y reglamentaria propia de los empleados públicos, incluyendo el cargo de Gerente de la entidad oficial.

De acuerdo con los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que la persona a quien le fue declarado nulo su nombramiento de gerente, independientemente de los efectos del fallo, no se encuentra inhabilitada para ser nombrada en un cargo del nivel directivo, primero porque el Decreto 128 de 1976 no es aplicable a las Empresas Sociales del Estado y, segundo, porque así lo fuera, la prohibición está relacionada con la vinculación con contrato de prestación de servicios y no como empleado con vinculación legal y reglamentaria.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": [/eva/es/gestor-normativo](#), donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortés

111602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 09:51:27