

**Función Pública**

Concepto 060731 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000060731

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000060731

Fecha: 10/02/2023 02:59:00 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Empleado público. Radicado: 20239000010042 del 6 de enero de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita se emita un concepto en respuesta a la siguiente pregunta:

¿Una persona que fungió como secretaria de salud municipal e hizo parte de la junta directiva de la Empresa Social del Estado (ESE) puede ser nombrada en un cargo en provisionalidad en la misma ESE?

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, 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. Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011 con relación 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).

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

En este sentido, 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», respecto de la conformación de las juntas directivas de las ESE, establece:

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.

PARÁGRAFO 1o. Los representantes de los usuarios y de los servidores públicos de la entidad tendrán un periodo de dos (2) años y no podrán ser reelegidos para periodos consecutivos, ni podrán ser parte de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado en más de dos ocasiones. En los municipios de 6ª categoría, los representantes de los usuarios y los empleados públicos tendrán un periodo de 4 años.

PARÁGRAFO 2o. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado del nivel municipal que hagan parte de convenios o planes de desempeño suscritos o que se llegaren a suscribir entre el departamento y la Nación, tendrá además de los miembros ya definidos en el presente artículo, tendrán como miembro de la Junta Directiva al gobernador del departamento o su delegado.

PARÁGRAFO 3o. Cuando en una sesión de Junta Directiva exista empate para la toma de decisiones, el mismo se resolverá con el voto de quien preside la Junta Directiva (Destacado nuestro).

De acuerdo con la norma, la conformación de las juntas directivas de las ESE de nivel territorial de primer nivel de complejidad está integrada por: el jefe de la administración departamental, distrital o municipal o su delegado, quien la preside; por el director de salud de la entidad territorial departamental, distrital o municipal o su delegado; por 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; dos representantes profesionales de los empleados públicos de la institución, uno administrativo y uno asistencial, elegidos por voto secreto. De no existir en la ESE profesionales en el área administrativa, la junta directiva puede integrarse con un servidor de dicha área con formación de técnico o tecnólogo.

Frente a las inhabilidades e incompatibilidades previstas para los miembros de juntas directivas de las Empresa Sociales del Estado, 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», dispone:

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 (Destacado fuera del texto).

De acuerdo con la normativa anterior, los miembros de las juntas directivas de las ESE dentro de los que se encuentra el director de salud de la entidad territorial departamental, distrital o municipal no puede vincularse como representante legal, o como miembros de los organismos directivos, directores, socios, o administradores de entidades del sector salud, a excepción de los 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 inhabilidad rige hasta un año después de la dejación del cargo.

De otro lado, las inhabilidades e incompatibilidades consagradas en el Decreto Ley 128 de 1976 no son aplicables a las Empresas Sociales del Estado, dado que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, mediante Sentencia del 16 de febrero de 2012, establece que dicho decreto ley fue expedido con antelación a las leyes que crearon las ESE, razón por la cual no son destinatarias directas al no estar dentro del campo de aplicación del mismo.

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 90o/o o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos. 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.

En consecuencia, las Empresas Sociales del Estado al no estar expresamente consagradas dentro del campo de aplicación del Decreto Ley 128 de 1976 no son destinatarias de las inhabilidades e incompatibilidades allí consagradas.

RESPUESTA A LA PREGUNTA OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, esta Dirección Jurídica considera que el ex secretario de salud de un municipio que hizo parte de la junta directiva de una Empresa Social del Estado puede vincularse como empleado mediante nombramiento provisional sin incurrir en inhabilidad o incompatibilidad.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

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.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Armando López Cortés

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:25:57