



Función Pública

Concepto 126911 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000126911

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000126911

Fecha: 07/03/2024 01:58:21 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES DE INCOMPATIBILIDADES. Miembro de junta directiva de Empresa Social del Estado. Inhabilidad para ser Gerente de ESE por ser miembro de la Junta Directiva. RAD. 20242060170582 del 23 de febrero.

El Ministerio de Salud y Protección Social, mediante su oficio No. 202411600327431 del 19 de febrero de 2024, remitió a este Departamento su solicitud, en la cual solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

En una de las reuniones de la junta directiva de un hospital regional en el departamento de Boyacá, el representante del sector científico interno, manifestó su deseo de aspirar a la gerencia del hospital, lo comunicó en reunión que se realizaba para solicitar la reelección del actual Gerente, de acuerdo a la Ley 1122 de 2007. Se solicita concepto sobre esta situación.

Un miembro de junta directiva de ESE regional, ¿puede ser elegido y estar residiendo en otro departamento, diferente a la sede del Hospital? En este caso, el representante de los gremios de producción fue elegido, en la Cámara de Comercio de Tunja y el señor reside en el departamento de Casanare.

Sobre las inquietudes expuestas, me permito manifestarle lo siguiente:

El Decreto Ley 780 de 2016, mediante el cual se compiló el Decreto 2993 de 2011, dispone en su artículo 2.5.3.8.7.8, lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.5.3.8.7.8 Conformación, período y requisitos de la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de segundo y tercer nivel de atención. La conformación, elección, período y requisitos de los miembros de la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de segundo y tercer nivel de atención de nivel territorial, continuará rigiéndose por lo previsto en los artículos 2.5.3.8.4.1.1 a 2.5.3.8.4.5.5 y en los artículos 2.10.1.1.1 a 2.10.1.1.23 del presente decreto o las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan.” (Subrayado y resaltado es nuestro).

Entre los artículos referidos para las ESE de segundo y tercer nivel, está el artículo, que reza:

“ARTÍCULO 2.5.3.8.4.2.3 *Mecanismo de conformación de las Juntas Directivas para las Empresas Sociales del Estado de carácter territorial.* Las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado tendrán un número mínimo de seis miembros. En este evento, la Junta se conformará de la siguiente manera:

El estamento político-administrativo estará representado por el Jefe de la Administración Departamental, Distrital o Local o su delegado y por el Director de Salud de la entidad territorial respectiva o su delegado.

Los dos (2) representantes del sector científico de la Salud serán designados así: Uno mediante elección por voto secreto, que se realizará con la participación de todo el personal profesional de la institución, del área de la salud cualquiera que sea su disciplina. El segundo miembro será designado entre los candidatos de las terna propuestas por cada una de las Asociaciones Científicas de las diferentes profesiones de la Salud que funcionen en el área de influencia geográfica de la Empresa Social del Estado.

Cada Asociación Científica presentará la terna correspondiente al Director Departamental, Distrital o Local de Salud, quien de acuerdo con las calidades científicas y administrativas de los candidatos realizará la selección.

(...)

PARÁGRAFO 1. En aquellos sitios donde no existan Asociaciones Científicas, el segundo representante del estamento científico de la Salud será seleccionado de terna del personal profesional de la Salud existente en el área de influencia.

Para tal efecto el Gerente de la Empresa Social del Estado convocará a una reunión del personal de Salud que ejerza en la localidad con el fin de conformar la terna que será presentada a la Dirección de Salud correspondiente.

(...).”

Conforme con los artículos citados, en las ESE del estado de carácter territorial, la Junta Directiva estará integrada, entre otros dignatarios, por dos representantes del sector científico de la salud, uno de ellos elegido por los profesionales del área de salud de la misma entidad.

Ahora bien, 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", sobre las inhabilidades de los miembros de la Junta Directiva, determina:

“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” (Se subraya).

De acuerdo con la norma transcrita, los miembros de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado no podrán, hasta por un año de la dejación del cargo:

- Vincularse como representante legal de una entidad del sector salud.

- Vincularse como miembro de los organismos directivos de una entidad del sector salud.

- Vincularse como director de una entidad del sector salud.

- Vincularse como socio de una entidad del sector salud.

- Vincularse como administrador de entidades del sector salud,

- Se exceptúan los alcaldes y los 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.

Debe precisarse que la inhabilidad está dirigida a los miembros de la Junta Directiva, sin hacer diferencia si se trata de servidores públicos o particulares que ejercen esta función pública.

Por su parte, el Decreto [139](#) de 1996, “*por el cual se establecen los requisitos y funciones para los Gerentes de Empresas Sociales del Estado y Directores de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del Sector Público y se adiciona el Decreto número 1335 de 1990*”, determina lo siguiente:

“ARTÍCULO 4. De las Funciones del cargo de Gerente de Empresa Social del Estado y de Director de Institución prestadora de servicios de salud pública del primer nivel de atención. Son funciones del Gerente de Empresa Social del Estado y de Director de Institución Prestadora de Servicios de Salud Pública del primer nivel de atención, además de las definidas en la Ley, Ordenanza o Acuerdo, las siguientes:

(...)

Representar legalmente a la entidad judicial y extrajudicialmente y ser ordenador del gasto.

(...)”.

Como se aprecia, los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado representan legalmente a la entidad. Esta función, conforme con el artículo [7](#) del mismo ordenamiento, también debe ser realizada por los Gerente de Empresas Sociales del Estado del segundo y tercer nivel de atención.

En el caso consultado, se trata del representante elegido por voto secreto, que se realiza con la participación de todo el personal profesional de la institución, del área de la salud cualquiera que sea su disciplina. Es decir, se trata de un servidor público.

Respecto de la responsabilidad de un servidor público, la Constitución Política señala:

“ARTÍCULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento... y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.” (Subrayado y negrilla fuera del texto).

De conformidad con lo anterior, no puede haber empleado sin funciones detalladas en la ley o reglamento, en razón a que la remuneración responde al trabajo desarrollado.

Así, la legislación previó la posibilidad de que un servidor público de una ESE, representara a los profesionales del área de la salud en la Junta Directiva de la entidad. En sentido contrario, la legislación consagró de manera específica una inhabilidad para quienes integran la Junta Directiva, fuesen servidores públicos o particulares que ejercen esta función pública. En consecuencia, el representante de los profesionales, al separarse eventualmente del cargo del cual es titular, para ejercer el cargo de Gerente de la ESE, estaría incurriendo en la inhabilidad señalada en el artículo 71 de la Ley 1438 de 2011.

Ahora bien, sobre el carácter restringido de las inhabilidades, la Sala Plena del Consejo de Estado¹ en sentencia emitida el 8 de febrero de 2011, 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).

De acuerdo con el pronunciamiento citado, la inhabilidad debe estar creada de manera expresa por la Ley o por la Constitución, y no puede dársele una interpretación extensiva o analógica.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que el representante elegido por voto secreto, que se realiza con la participación de todo el personal profesional de la institución, del área de la salud, no podrá ser elegido como Gerente de la misma entidad, pues se configuraría la inhabilidad que pesa sobre los miembros de la Junta Directiva, prevista en el artículo 71 ibídem.

En cuanto a la posibilidad que un miembro de junta directiva de ESE regional, resida en otro departamento diferente al de la sede del Hospital, debe recordarse que la inhabilidad es la incapacidad, ineptitud o circunstancia que impide a una persona ser elegida o designada en un cargo público y, en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio. Dado el carácter prohibitivo de las inhabilidades, éstas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en una ley o en la Constitución Política.

Revisada la legislación relacionada con las inhabilidades para ejercer un cargo público, no se evidenció alguna que impida a un miembro de una Junta Directiva de una ESE, residir en otro municipio diferente al de la sede de la entidad de salud. Tampoco se constató la existencia de un requisito legal en este sentido. En tal virtud, esta Dirección considera que no es inviable que el miembro de la Junta Directiva resida en un domicilio diferente al de la ESE.

En caso 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”:
<http://www.funcionpublica.gov.co/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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortes

11602.8.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

Sentencia proferida dentro del Expediente No. [11001-03-15-000-2010-00990-00\(PI\)](#) Demandante: César Julio Gordillo Núñez.

Fecha y hora de creación: 2024-11-07 08:17:52