



**Función Pública**

## Concepto 180391 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20246000180391\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000180391

Fecha: 21/03/2024 10:56:05 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES DE INCOMPATIBILIDADES. Ex Miembro de junta directiva de Empresa Social del Estado. Inhabilidad para ser Gerente de ESE por haber participado en la junta directiva de la ESE en calidad de delegatario. RAD. 20249000152472 del 19 de febrero.

En la comunicación de la referencia, manifiesta que en las Empresas Sociales del Estado, los Gobernadores (para el caso consultado) y los directores de salud, hacen parte de la junta directiva. En el evento en que el Secretario de Salud Departamental no asiste a ninguna junta directiva de los hospitales de los cuales es miembro de junta directiva por lo establecido en el artículo 70 de la ley 1438 de 2011, sino que al contrario delegó en otro funcionario de manera permanente su participación ante la junta directiva de los hospitales, ¿tendría alguna inhabilidad para ser gerente de uno de los hospitales en que delego su participación ante junta directiva?

Sobre la inquietud expuesta, me permito manifestarle lo siguiente:

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", determina:

"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.

(...)" (Se subraya).

Como se aprecia, en las empresas sociales del estado, los Gobernadores (para el caso consultado) y los directores de salud, hacen parte de la junta directiva. Según la información suministra en la consulta, un Secretario de Despacho fue delegado por el Gobernador para ejercer sus funciones como miembro de la junta directiva de la ESE.

Por su parte, el Decreto 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.

Los dos (2) representantes de la comunidad serán designados de la siguiente manera:

Uno (1) de ellos será designado por las Alianzas o Asociaciones de Usuarios legalmente establecidos, mediante convocatoria realizada por parte de la Dirección Departamental, Distrital o Local de Salud.

El segundo representante será designado por los gremios de la producción del área de influencia de la Empresa Social; en caso de existir Cámara de Comercio dentro de la jurisdicción respectiva la Dirección de Salud solicitará la coordinación por parte de esta, para la organización de la elección correspondiente. No obstante, cuando estos no tuvieran presencia en el lugar sede de la Empresa Social del Estado respectiva, corresponderá designar el segundo representante a los Comités de Participación Comunitaria del área de influencia de la Empresa.

**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.

**PARÁGRAFO 2.** Cuando el número de miembros de la junta sobrepase de seis, en los estatutos de cada entidad deberá especificarse el mecanismo de elección de los demás representantes, respetando en todo caso lo establecido en el presente artículo y en el 195 de la Ley 100

de 1993.”

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye que para las Empresas Sociales del Estado de nivel territorial de primer nivel de complejidad, estará integrada de acuerdo con lo establecido en el artículo 70 de la Ley 1438 de 2011.

Para la conformación, período y requisitos de la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de segundo y tercer nivel de atención, se aplicará lo señalado 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 Decreto 780 de 2016.

Ahora bien, según se indica en la consulta, el Gobernador delegó su participación en la Junta Directiva de la ESE en el Secretario de Salud del Departamento, quien, a su vez, delegó esta participación en otro funcionario.

Antes de dar respuesta a lo consultado, es pertinente aclarar que 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”, determina algunas limitaciones en la delegación de funciones, a saber:

“ARTÍCULO 11. FUNCIONES QUE NO SE PUEDEN DELEGAR. Sin perjuicio de los que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:

La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.

Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.

Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.” (Subrayado nuestro)

Como se aprecia, las facultades que han sido delegadas, por ejemplo, por el Gobernador, no pueden ser a su vez delegadas por el empleado en quien se delegaron.

Hecha esta precisión, se analiza la posible inhabilidad en el caso consultado. Para ello, debe acudir a 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”, que 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”

De acuerdo con la norma transcrita, los miembros de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado no podrán, con excepción de los Gobernadores y los Alcaldes siempre y cuando la vinculación de estos últimos a la entidad del sector salud obedezca a la participación del ente territorial al que representa, 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.

Sobre la viabilidad de aplicar las inhabilidades legales o constitucionales a los servidores que actúan como delegados, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, en sentencia del 30 de agosto de 2018, dentro del proceso con Radicación Número: 11001-03-28-000- 2018-00026-00, indicó lo siguiente:

“5. De la diferencia entre la delegación de funciones y la designación en un cargo, bajo la modalidad de encargo.

Es la ley la que permite que el alcalde delegue en sus secretarios ciertas funciones<sup>13</sup>; sin embargo, de ello no se desprende que los delegados se entiendan, en los términos del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, como un reemplazo del burgomaestre.

Lo anterior se explica debido a las diferencias académicas entre las figuras de delegación y reemplazo, ya que mientras la primera, en términos generales, implica el traslado de una determinada competencia de un funcionario a otro, sin que titular pierda esa función; la segunda, alude a las situaciones de hecho o de derecho en las que el dignatario popular debe ser sustituido por otro.

Estas precisiones conceptuales son de suma importancia para comprender el alcance de la inhabilidad objeto de estudio, toda vez que permiten entender a cabalidad que la persona en la que se delegó ciertas funciones no se erige como un reemplazo del alcalde, al menos no en lo que a las prohibiciones de las trata el artículo en comento se refiere.

En efecto, a través de la figura de la delegación lo que se trasladan son únicamente las funciones, sin que ello implique que el delegado asuma en el cargo del delegatario; aceptar lo contrario, tal y como se propone en la solicitud de suspensión provisional, no solo implicaría modificar el alcance del concepto de delegación, sino aplicar una interpretación extensiva al régimen de inhabilidades de los alcaldes para hacerla, aplicable a personas que no están cobijadas por las mismas, lo cual no está permitido.” (Se subraya).

Según la jurisprudencia citada, a los delegados de los Alcaldes (y para el caso de la consulta, del Gobernador), en las juntas directivas de las empresas sociales del estado no les es extensible la inhabilidad que pesa sobre el alcalde como miembros titulares de las juntas directivas de las ESE.

Más recientemente, la misma Corporación, en auto emitido el 29 de octubre de 2020 dentro del expediente con Radicación número: 17001-23-33-000-2020-00022-01, con ponencia del Consejero Carlos Enrique Moreno Rubio, manifestó:

“Luego, la delegación fue regulada en el artículo 9 de la Ley 489 de 1998<sup>1</sup> así:

Claramente, como indicó la norma legal, la delegación administrativa implica la transferencia del ejercicio de funciones, por parte del delegante, a uno de sus colaboradores que tenga funciones afines al cargo e incluso complementarias<sup>2</sup>.

En este caso, el gobernador de Caldas delegó al secretario de gobierno departamental para que lo representara el 15 de agosto de 2019 en la reunión de la junta directiva de la empresa social del Estado, de la cual hace parte como miembro permanente.

Al acudir a esta figura, el mandatario seccional no queda despojado de su cargo porque simplemente traslada el ejercicio de su función de miembro y presidente del organismo al funcionario de su gabinete departamental para que la lleve a cabo en su representación.

Esta circunstancia hace que el secretario de gobierno no adquiera la calidad de gobernador, ya que simplemente cumple la función en nombre del mandatario seccional en dicha gestión específica y en la fecha en que fue desarrollada la sesión.

Como la delegación estaba circunscrita a esta función, el delegatario en este caso tampoco pasaría a convertirse en miembro de la junta directiva del Hospital Departamental Santa Sofía, pues es claro que no tiene asiento en el organismo.

Independientemente de la transferencia transitoria hecha para la citada fecha, el mandatario seccional conserva la titularidad del cargo y de la función que por mandato legal desempeña en el órgano de dirección de la empresa de salud del departamento.” (Se subraya).

Adicionalmente, debe señalarse que los Gobernadores y los Alcaldes, están exceptuados de la prohibición contenida en el artículo 71, pues indica la norma que “... siempre y cuando la vinculación de estos últimos a la entidad del sector salud obedezca a la participación del ente territorial al que representa”.

De los citados pronunciamientos podemos extractar las siguientes premisas:

- El servidor en el que se delegan las funciones no se erige como un reemplazo del servidor que delega, para el caso, el Gobernador.
- Al acudir a esta figura, el mandatario territorial no queda despojado de su cargo porque simplemente traslada el ejercicio de su función de miembro y presidente del organismo al funcionario de su gabinete para que la lleve a cabo en su representación.
- El Alcalde o el Gobernador que delega, conserva la titularidad del cargo y de la función que por mandato legal desempeña en el órgano de dirección de la empresa de salud. Sin embargo, por expresa disposición legal, los Gobernadores y Alcaldes están exceptuados de la prohibición contenida en el artículo 71, siempre y cuando la vinculación de estos últimos a la entidad del sector salud obedezca a la participación del ente territorial al que representa.
- El delegatario tampoco pasaría a convertirse en miembro de la junta directiva de la ESE, pues es claro que no tiene asiento en el organismo.

De acuerdo con los textos legales y jurisprudenciales, esta Dirección Jurídica considera que si el Secretario de Salud fue delegado por el Gobernador para participar en la junta directiva de una ESE, no por esta razón se convierte en miembro de la junta directiva, sino que actúa con base en unas específicas funciones delegadas por el Gobernador. En tal virtud, la inhabilidad contenida en el artículo 71 de la Ley 1438 de 2011, no le es aplicable al Secretario de Despacho por cuanto no obtuvo su calidad de miembro de la junta directiva y, en consecuencia, podría ser designado Gerente (representante legal) de una entidad de salud.

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

Mediante esta ley, el Congreso de la República dictó normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, expidió 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 y dictó otras disposiciones sobre la materia.

En la sentencia C-561 de 1999, la Corte Constitucional estudió este tema específico y señaló que “[...] La delegación desde un punto de vista jurídico y administrativo es la modalidad de transferencia de funciones administrativas en virtud de la cual, y en los supuestos permitidos por la Ley se faculta a un sujeto u órgano que hace transferencia.

“Todo lo anterior nos lleva a determinar los elementos constitutivos de la Delegación

“1. La transferencia de funciones de un órgano a otro.

“2. La transferencia de funciones, se realiza por el órgano titular de la función.

“3. La necesidad de la existencia previa de autorización legal.

“4. El órgano que confiere la Delegación puede siempre y en cualquier momento reasumir la competencia [...]”<sup>2</sup>.

---

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 12:38:03