



Función Pública

Concepto EE5040 de 2022

Bogotá, D

EE5040

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No. EE5040

Fecha: 04/07/2007

Bogotá, D. C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES: El Decreto 128 de 1976, es aplicable a las Empresas Sociales del Estado? RAD 7112/2007.

En atención a su consulta de la referencia, me permito manifestarle lo siguiente:

<![if !supportLists]>1. <![endif]>La Constitución Política, expresa:

“ARTÍCULO 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.

Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes.”

<![if !supportLists]>2. <![endif]>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, señala:

“ARTÍCULO 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.”

“(…)”

“ARTÍCULO 74. CALIDAD DE LOS MIEMBROS DE LOS CONSEJOS DIRECTIVOS. Los particulares miembros de los consejos directivos o asesores de los establecimientos públicos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes de la materia y los estatutos internos del respectivo organismo.”

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

3. El Decreto 1876 de 1994, por el cual se reglamentan los artículos 96o, 97o y 98o del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado", establece:

"ARTÍCULO 1°. NATURALEZA JURÍDICA. Las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por Ley, o por las asambleas o concejos."

4. 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 1335 de 1990, expresa:

"ARTÍCULO 9°. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Para el desempeño de funciones del cargo de gerente de empresa social del Estado o de director de institución prestadora de servicios de salud pública, de cualquier nivel de atención, se les aplicará el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que señala la ley.

Además, para el desempeño de dichos empleos en el segundo y tercer nivel de atención, será incompatible su ejercicio con otras funciones o actividades diferentes a las propias del empleo dentro del mismo organismo."

5. El epígrafe del Decreto 128 de 1976, señala:

"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 éstas."

6. El Consejo de Estado en sentencia Radicación número 410012331000200301264 01 de febrero 17 de 2005, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: DARIO QUIÑONES PINILLA, en cuanto a la naturaleza jurídica de las Empresas Sociales del Estado, expresó:

"El parágrafo del artículo 2º de la Ley 489 de 1998 dispone que las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa y características y el régimen de las entidades descentralizadas previstos en esa ley se aplican a las entidades territoriales. En especial, el artículo 68, parágrafo 1º, de esa misma ley, señala que "de conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial. Y, no debe olvidarse que, como se vio, al tenor de lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 489 de 1998 las Empresas Sociales del Estado creadas por la Nación o las entidades territoriales, al igual que los establecimientos públicos, son entidades descentralizadas.

Ahora, el hecho de que esta última norma hubiere remitido a las Leyes 100 de 1993 y 344 de 1996, no significa que el artículo 74 de la Ley 489 de 1998 que reitera lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 no pueda aplicarse, por cuanto el legislador prevé su aplicación subsidiaria.

Con base en lo anterior se infiere con claridad que el sólo hecho de ser miembros de las juntas directivas de las entidades públicas no les confiere a estos la calidad de empleados públicos.

Ahora, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, los Hospitales Públicos son Empresas Sociales del Estado y éstas "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 concejos". En este mismo sentido, el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 califica las Empresas Sociales del Estado como entidades descentralizadas de los órdenes nacional o territorial."

De acuerdo con las normas y jurisprudencia expuestas, en concepto de esta Dirección se considera que atendiendo a lo expresamente señalado en el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, y en artículo 1º del Decreto 1876 de 1994, las Empresas Sociales del Estado son Entidades Descentralizadas del orden nacional o territorial, y el Decreto Ley 128 de 1978, fue originado para instaurar el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas y Directores o Gerentes de las Entidades Descentralizadas, por tal razón se concluye, que el Decreto 128 de 1978, es aplicable a dichas Empresas ya sean nacionales o territoriales.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo

Cordialmente

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN

Directora Jurídica

Hector JQM. 1100. 7112/2007

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 05:23:05