

**Función Pública**

Sentencia 01264 de 2005 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

NULIDAD ELECCION DE ALCALDE - Requisitos para que se configure con fundamento en ejercicio de autoridad o jurisdicción / INHABILIDAD DE ALCALDE - Ley 617 de 2000 artículo 37. Causales y requisitos para que se configure

El artículo 95 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, consagra tres causales de inhabilidad, a saber: 1) el ejercicio de jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar en el respectivo municipio, 2) la intervención como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión y, 3) la celebración de contratos que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. Para que se configure la causal de inhabilidad generada por el ejercicio de autoridad o jurisdicción es necesario demostrar cuatro supuestos: a) que el elegido hubiere ejercido un cargo que le diera la calidad de empleado público; b) que el cargo se hubiere desempeñado dentro de los 12 meses anteriores a la elección; c) que el cargo desempeñado implique el ejercicio de i) jurisdicción, o ii) autoridad civil, o iii) política, o iv) administrativa, o v) militar; y d) que todo lo anterior ocurrió en el municipio o distrito donde resultó elegido concejal

NULIDAD ELECCION DE ALCALDE - Improcedencia. No se configuró con fundamento en desempeño de cargo con autoridad administrativa / MIEMBRO DE LA JUNTA DIRECTIVA - Hospital público: naturaleza de los cargos / HOSPITAL PUBLICO - Naturaleza del cargo de miembro de la junta directiva. Marco legal / INHABILIDAD DE ALCALDE - Eventos en que se configura en condición de miembro de junta directiva de hospital / HOSPITAL SAN ANTONIO - Naturaleza jurídica. Clasificación de los servidores. Conformación de la junta directiva

La primera cuestión que debe resolver la Sala se circunscribe a averiguar si se encuentra demostrado en el proceso que el demandado se desempeñó como empleado público dentro de los 12 meses anteriores a la elección. Para ese efecto resulta necesario dilucidar si la calidad de miembro de la Junta Directiva de un hospital en representación de los usuarios otorga la categoría de empleado público. Con base en el anterior análisis normativo, se pueden inferir tres conclusiones, a saber: 1) La lectura sistemática de todas las normas que se mencionaron muestra que los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado, por el solo hecho de tener esa condición, no desempeñan empleo público ni adquieren la categoría de empleados públicos, pues no ocupan cargos de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa en esas entidades. 2) La calidad de miembro de la Junta Directiva no implica vinculación laboral al Hospital Público, y 3) La calidad de empleado público no deviene del carácter de miembro de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado. En efecto, algunos de esos integrantes tienen la calidad de empleados públicos pero no por el hecho de ser miembros de la Junta sino por su vinculación laboral anterior. No obstante, los representantes de la comunidad que son designados por las Alianzas o Asociaciones de Usuarios legalmente establecidos y por los gremios de la producción del área de influencia de la Empresa Social del Estado son particulares que hacen parte de la Junta Directiva del Hospital Público, por lo que no tienen el carácter de empleados públicos. A esa conclusión se llega teniendo en cuenta, entre otras, las normas contenidas en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1298 de 1994. En este orden de ideas, como está demostrado en el expediente que si bien es cierto el demandado fue miembro de la Junta Directiva del Hospital San Antonio del Municipio de Tarqui en representación de los usuarios, ese carácter no le dio la calidad de empleado público y, por tanto, resulta innecesario el estudio orientado a establecer si las funciones de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado implican el ejercicio de autoridad administrativa por parte de sus miembros, para dilucidar, entonces, la validez de la tesis del Tribunal en el sentido negativo o la del apoderado del demandante en contrario, esto es que si ejercen esa autoridad. Y, como la inhabilidad que invoca el demandante se refiere al ejercicio de autoridad administrativa como empleado público, resulta indudable concluir que el señor Tovar Chavarro no se encontraba incurso en la inhabilidad contemplada en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, tal y como fue modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

NOTA DE RELATORIA: Sentencia 3394 de 19 de agosto de 2004. Sección Quinta. Ponente: Darío Quiñones Pinilla. Actor: Luis Alfonso Rengifo Olaya. Demandado: Concejal del municipio de Andalucía.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: DARIO QUIÑONES PINILLA

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de febrero de dos mil cinco (2005)

Rad. No. : 41001-23-31-000-2003-01264-01(3429)

Actor: LUIS GERARDO OCHOA SANCHEZ

Demandado: ALCALDE DEL MUNICIPIO DE TARQUI

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 12 de mayo de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda contra el acto que declaró la elección del señor Víctor Félix Tovar Chavarro, como Alcalde del Municipio de Tarqui, para el período 2004-2007.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

-

A. LAS PRETENSIONES

El señor Luis Gerardo Ochoa Sánchez, invocando el ejercicio de la acción pública de nulidad de carácter electoral, presentó demanda en el Tribunal Administrativo del Huila, con el objeto de que se declare lo siguiente:

1º. La nulidad del acto por medio del cual se declaró la elección del señor Víctor Félix Tovar Chavarro como Alcalde del Municipio de Tarqui, contenido en el Acta Parcial del Escrutinio de los Votos -Formulario E- 26 AG-, de fecha 29 de octubre de 2003 de la Comisión Escrutadora Municipal de esa localidad.

2º. Como consecuencia de lo anterior, se ordene la cancelación de la credencial expedida en favor del señor Tovar Chavarro.

B. LOS HECHOS

Como fundamento de las pretensiones el demandante expone, en síntesis, los siguientes hechos:

1º El 26 de octubre de 2003, el demandado resultó elegido Alcalde del Municipio de Tarqui.

2º Al momento de la inscripción como candidato a la Alcaldía de Tarqui, el demandado se encontraba inhabilitado para ser elegido, por cuanto hasta el mes de julio de 2003 se desempeñó como miembro de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado -Hospital San Antonio de Tarqui-, en representación de los usuarios. Aclara que esa empresa es descentralizada del orden municipal y presta servicios de salud en el régimen subsidiado en esa localidad.

3º La Junta Directiva del Hospital San Antonio de Tarqui es la máxima autoridad administrativa de la empresa y ejerce el control jerárquico sobre sus subalternos, incluso, ejerce el poder disciplinario sobre el Gerente de la institución. Además, los miembros de la junta ejercen funciones públicas, son ordenadores del gasto y su vinculación es legal y reglamentaria, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1876 de 1.994.

C. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

La demandante invocó la violación de la "Constitución Política" y de los artículos 4º del Código Electoral y 37, numeral 2º, de la Ley 617 de 2000, en cuanto modificó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994. El desconocimiento de esas disposiciones la sustenta con los argumentos que se pueden resumir de la siguiente manera:

1º La finalidad de las inhabilidades es lograr la transparencia, igualdad y pureza del sistema electoral, por lo que imponen válidamente restricciones para que algunas personas no puedan ser inscritos ni elegidos en un cargo público.

2º Como, dentro de los 12 meses anteriores a su elección, el demandado ejerció autoridad administrativa como miembro de la Junta Directiva de la Empresa Social del Municipio de Tarqui -Hospital San Antonio-, resulta evidente que se encontraba inhabilitado para ser inscrito y elegido Alcalde de esa localidad.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA

El señor Víctor Félix Tovar Chavarro, intervino en el proceso por medio de apoderado, quien contestó la demanda y manifestó su oposición a las pretensiones de la misma. Como razones de defensa expuso los argumentos que se resumen de la siguiente manera:

1º A pesar de que los derechos de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, a elegir y ser elegido, son fundamentales y gozan de protección en el artículo 40 de la Constitución, lo cierto es que puede ser restringido mediante impedimentos que se denominan inhabilidades, los cuales buscan garantizar el acceso a los cargos de elección popular en igualdad de condiciones y la moralidad pública. Por estas razones, las inhabilidades deben interpretarse restrictivamente.

2º La norma que el demandante invoca como vulnerada contiene dos supuestos: la temporalidad y la condición de empleado público, respecto de quien se predica el ejercicio de autoridad. Por ello, si no se presentan esos elementos no puede afirmarse que se configura la inhabilidad.

3º Los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado no adquieren la calidad de empleados públicos por el hecho de conformarla ni ello surge de la relación legal y reglamentaria que los vincula. Ahora, el hecho de que existan particulares que ejercen funciones públicas en las condiciones señaladas en el artículo 210 de la Constitución no los convierte en empleados públicos. Incluso, esa regla aparece con claridad en el artículo 20 de los Estatutos del Hospital San Antonio de Tarqui, según el cual "los miembros de la Junta Directiva, aunque ejercen funciones públicas no adquieren por ese sólo hecho la calidad de empleado público."

4º Los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado no ejercen autoridad administrativa, civil, política, militar o jurisdicción, conceptos que fueron definidos en los artículos 188 a 191 de la Ley 136 de 1994. Además, la lectura de esas normas muestra que los eventos en que se presenta el ejercicio de esas actividades siempre está referido a los empleados públicos. En consecuencia, no es cierto que el demandado se encontraba incurso en la causal de inhabilidad a que hace referencia el demandante.

4. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Huila, mediante sentencia del 12 de mayo de 2004, denegó las pretensiones de la demanda. Para adoptar esa

decisión expuso las consideraciones que se pueden resumir de la siguiente manera:

1º En el proceso está demostrado que el 26 de octubre de 2003, el demandado fue elegido Alcalde del Municipio de Turquí, para el período 2004-2007. Igualmente, está demostrado que se desempeñó como miembro de la Junta Directiva de la Empresa Social del Municipio de Tarquí - Hospital San Antonio de esa localidad- desde el 14 de noviembre de 2001 hasta el 22 de julio de 2003. Por lo tanto, resulta relevante establecer si en desarrollo de ese cargo ejerció, como empleado público, autoridad civil, política administrativa o militar o jurisdicción.

2º El artículo 194 de la Ley 100 de 1994 señala que las Empresas Sociales del Estado prestarán los servicios de salud a cargo de la Nación o entidades territoriales, para lo cual se constituyen en una categoría especial de entidad pública descentralizada. A su turno, el artículo 83 de la Ley 489 de 1998 dispone que las Empresas Sociales del Estado creadas por la Nación o por las entidades territoriales se sujetan a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993. Y, el artículo 74 de la Ley 489 de 1998 determina que "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".

3º De lo anteriormente expuesto se colige fácilmente que el carácter de miembro de la Junta Directiva del Hospital San Antonio de Tarquí, en representación de los usuarios, no le confirió al demandado carácter de empleado público. Entonces, como el carácter de empleado público constituye requisito sine qua non para configurar la inhabilidad, el lógico concluir que no prospera el cargo.

4º De conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de los Estatutos del Hospital San Antonio de Tarquí se tiene que ninguna de las funciones de su Junta Directiva implican autoridad política, civil, administrativa o militar y "aunque aprueban el presupuesto anual, no se puede afirmar que el señor Víctor Félix Tovar Chavarro, en su condición de miembro particular de la misma, haya sido ordenador del gasto, ejecutado recursos de inversión o celebrado contratos"

5. EL RECURSO DE APELACION

El demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal en consideración con los argumentos que, en resumen, señalan lo siguiente:

1º Los artículos 74 y 89 de la Ley 489 de 1998 no son aplicables al caso, comoquiera que se refieren a las Juntas Directivas de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a los miembros de los Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos, los cuales son diferentes a las Empresas Sociales del Estado, cuya naturaleza y objetivos están regulados en la Ley 100 de 1993 y el Decreto número 1876 de 1994.

2º El Decreto 1876 de 1994, norma aplicable en este asunto, establece que las personas que se vinculen a las Empresas Sociales del Estado tendrán carácter de empleados públicos. Entonces, la sentencia apelada resulta contradictoria en tanto que acepta que los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado reciben honorarios por el ejercicio de la función pública que desempeñan, pese a lo cual concluye que no tienen vínculo jurídico con esas empresas. Incluso, si se tienen en cuenta las funciones que desempeñan los miembros de la junta directiva y que no tienen contrato de trabajo, debe concluirse que están vinculados como empleados públicos.

3º Aceptar que el artículo 20 de los Estatutos del Hospital San Antonio de Tarquí excluye el carácter de empleado público a los miembros de su Junta Directiva, implica desconocer el Decreto 1876 de 1994, que es una norma de mayor jerarquía.

4º La enumeración de las funciones que implican el ejercicio de autoridad administrativa señalada en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994 no es taxativa, porque "ello equivaldría a reducir todo el ejercicio y la capacidad de la Administración Pública a lo descrito en una ley pensada en los municipios y a encerrar en una camisa de fuerza absurdamente estrecha toda la actuación administrativa posible". Para apoyar su tesis transcribió apartes de la sentencia del 19 de febrero de 2002 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

6. ALEGATOS DE CONCLUSION

En la oportunidad señalada en el artículo 251 del Código Contencioso Administrativo para presentar alegatos de conclusión, el apoderado del demandado presentó alegato para solicitar que se confirme el fallo de primera instancia. Al efecto sostuvo, en resumen, lo siguiente:

1º De acuerdo con el artículo 123 de la Constitución, empleado público es el servidor público del orden nacional o territorial vinculado laboralmente mediante una relación legal o reglamentaria que fija las condiciones del empleo, incluido el régimen salarial y prestacional a que tiene derecho. Eso muestra que los particulares miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado no tienen, por esa circunstancia, la condición de empleado público.

2º De conformidad con el artículo 68, parágrafo primero, de la Ley 448 de 1998, a las Empresas Sociales del Estado del orden territorial se les aplica la Ley 100 de 1993 en lo referente a esas empresas del orden nacional. Luego, es lógico concluir que en este caso se aplican los artículos 74, 83 y 89 de la Ley 489 de 1998, según los cuales los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado aunque ejercen funciones públicas, no adquieren, por ese sólo hecho, calidad de empleados públicos. Precisamente, por ese hecho, el artículo 8º del Decreto 1876 de 1994 dispone que esos particulares sólo percibirán honorarios y el artículo 20 del Acuerdo número 002 de 1997 de la Junta Directiva del Hospital San Antonio de Tarqui señala que los miembros de la junta que no sean empleados públicos, no adquieren por ese hecho, la calidad de funcionarios públicos.

3º En virtud de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 136 de 1994, la autoridad civil se predica de los empleados oficiales que tienen ciertas atribuciones, por lo que no puede sostenerse que el demandado ejerció autoridad porque no fue empleado público. Además, la lectura de las funciones que se atribuyen a las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado consagradas en el artículo 11 del Decreto 1876 de 1994, muestra que no están comprendidas en los eventos de los artículos 188 a 191 de la Ley 136 de 1994.

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado en su concepto de fondo solicita que confirme la sentencia apelada. En apoyo de esa conclusión expone, en resumen, los siguientes planteamientos:

1º A pesar de que la Constitución no definió de manera precisa el concepto de empleado público, pues el artículo 123 utilizó la expresión genérica “servidores públicos”, denominación que comprende los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales, debe entenderse que ese concepto está referido a la persona natural vinculada a un organismo público por virtud del reglamento, que está al servicio del Estado y de la comunidad y que ejerce las funciones que de manera previa le fueron señaladas por la autoridad competente, la ley o el reglamento. Ahora, la inhabilidad objeto de estudio sólo está referida a quien tiene la calidad de empleado público, esto es, a quien se encuentre vinculado al servicio bajo un empleo público para el cual ha sido nombrado mediante decreto, resolución o cualquier otro acto que implique designación.

2º Está probado en el expediente que el señor Víctor Félix Tovar Chavarro se desempeñó como miembro de la Junta Directiva del Hospital San Antonio de Tarqui como representante de los usuarios. De hecho, desde el artículo 19 de la Ley 10 de 1990 se previó la participación de la comunidad en las Juntas Directivas de los Hospitales Públicos. Luego, aparece claro que, en la condición de particulares, la ley dispuso la participación de algunas personas en la dirección de algunas entidades públicas.

3º Como la designación del señor Tovar Chavarro en la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado se origina en una decisión de particulares es lógico concluir que no tiene la condición de “empleado público”, pues no fue vinculado al servicio público mediante una relación legal y reglamentaria. En este sentido, es claro que el demandado no está inmerso en la inhabilidad alegada por el demandante.

4º Tampoco prospera el cargo porque el demandante no demostró cuáles fueron las funciones desempeñadas por el demandado que implicaron el ejercicio de autoridad. En efecto, como lo ha advertido la jurisprudencia del Consejo de Estado, no es la denominación del cargo la que per se genera la inhabilidad sino el ejercicio de la función que le es inherente. Así, el documento con el que se pretende demostrar esos hechos no puede ser valorado porque se aportó en copia simple.

5º El demandado se desempeñó como miembro de un organismo colegiado, en el cual se toman decisiones por votación y no mediante opiniones individuales y como la inhabilidad es personal e intransferible, no prospera la pretensión de la demanda.

6º A pesar de que el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 define las Empresas Sociales del Estado como entidad pública descentralizada, sujeta a normas especiales, eso no significa que a ellas no se aplica el régimen común de las demás instituciones de esta naturaleza. Por lo tanto, resulta ajustado al ordenamiento jurídico la aplicación del artículo 74 de la Ley 489 de 1998 en este asunto. Así, de conformidad con esa norma "los particulares miembros de los consejos directivos o asesores de los establecimientos públicos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese hecho la calidad de empleados públicos". Luego, como el demandado no se desempeñó como empleado público no se le aplica la inhabilidad objeto de estudio.

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en los artículos 129 y 231 del Código Contencioso Administrativo, esta Sala el demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Huila.

El recurso de apelación se interpuso dentro del término que para el efecto señala el artículo 250, inciso primero, del Código Contencioso Administrativo.

Este proceso se encamina a obtener la nulidad de la elección del señor Víctor Félix Tovar Chavarro como Alcalde del Municipio Tarqui, para el período 2004 a 2007, contenida en el Acta Parcial de Escrutinio de votos para Alcalde de esa localidad, de la Comisión Escrutadora Municipal, de fecha 29 de octubre de 2003 -Formulario E-26 AG- (folio 48).

El demandante consideró que el acto electoral impugnado debe anularse porque el demandado se encontraba inhabilitado para ser elegido Alcalde del Municipio de Tarqui, puesto que, dentro de los 12 meses anteriores a la elección ejerció, como empleado público, autoridad administrativa en la localidad donde resultó elegido y fue ordenador del gasto, por cuanto se desempeñó como miembro de la Junta Directiva del Hospital San Antonio del Municipio de Tarqui.

La norma que se invoca como vulnerada dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 37 de la Ley 617 de 2000. "Inhabilidades para ser Alcalde: El artículo 95 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

"ARTÍCULO 95. *Inhabilidades para ser alcalde.* No podrá ser inscrito como candidato ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(....)

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio".

La lectura de la norma que se invoca muestra que consagra tres causales de inhabilidad, a saber: i) el ejercicio de jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar en el respectivo municipio, ii) la intervención como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión y, iii) la celebración de contratos que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

Ahora, para que se configure la causal de inhabilidad generada por el ejercicio de autoridad o jurisdicción es necesario demostrar cuatro supuestos: a) que el elegido hubiere ejercido un cargo que le diera la calidad de empleado público; b) que el cargo se hubiere desempeñado dentro de los 12 meses anteriores a la elección; c) que el cargo desempeñado implique el ejercicio de i) jurisdicción, o ii) autoridad civil, o iii) política, o iv) administrativa, o v) militar; y d) que todo lo anterior ocurrió en el municipio o distrito donde resultó elegido concejal.

Entonces, la primera cuestión que debe resolver la Sala se circunscribe a averiguar si se encuentra demostrado en el proceso que el demandado se desempeñó como empleado público dentro de los 12 meses anteriores a la elección. Para ese efecto resulta necesario dilucidar si la calidad de miembro de la Junta Directiva de un hospital en representación de los usuarios otorga la categoría de empleado público, pues según certificación del Gerente del Hospital San Antonio del Municipio de Tarqui, el Señor Víctor Félix Tovar Chavarro se desempeñó como tal entre el 14 de noviembre de 2001 y el 22 de julio de 2003 (folios 66 y 67).

En ese orden de ideas es preciso averiguar, en primer término, la naturaleza jurídica de los miembros de las Juntas Directivas de los hospitales y, específicamente, se la ESE Hospital San Antonio del Municipio de Tarqui, pues solo si dichos miembros por su designación adquieren el carácter de empleados públicos, se configuraría la causal de inhabilidad en el demandado.

Ahora bien, el artículo 123 de la Constitución dispone que “son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente”. Y, el artículo 122 superior es claro en señalar que “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la 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”.

Congruente con lo anterior, los artículos 5º del Decreto 3135 de 1968 y 3º del Decreto 1950 de 1973 señalan que “las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales...”. Y, relevante para el asunto sub iúdice, el artículo 4º del Decreto 1950 de 1973 aclara que quienes prestan servicios ocasionales o temporales no pertenecen al servicio civil del Estado.

El artículo 3º, parágrafo 2º, del Decreto 2400 de 1968 dejó en claro que “las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos”.

En ese mismo sentido, para los miembros de las juntas o consejos del orden departamental, el artículo 298 del Decreto 1222 de 1986, dispuso que “no tienen por este hecho la calidad de empleados públicos”. Y, el artículo 162 del Decreto 1333 de 1986 -Código de Régimen Municipal-, dispuso que “los miembros de las juntas directivas aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos”.

Pero, además, se tiene que el artículo 74 de la Ley 489 de 1998 es claro en señalar que “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...”. Y, a juicio de la Sala, esa norma es aplicable por analogía en este asunto por lo siguiente:

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.

A su turno, el artículo 195, numeral 5º, de la Ley 100 de 1993 señala que “las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990”. Y, el artículo 674 del Decreto 1298 de 1998 dispone:

“CLASIFICACION DE EMPLEOS. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera.

Son empleos de libre nombramiento y remoción:

1. En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letra a), b), c) e i) del artículo 1o. de la Ley Artículo 61 de 1987.
2. En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:
 - a) Los de Secretario de Salud o Director seccional o local del Sistema de Salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente, siguiente.
 - b) Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada, y los del primero y segundo nivel jerárquicos, inmediatamente, siguientes.
 - c) Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría.

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.

PARÁGRAFO. Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.

Los establecimientos públicos de cualquier nivel precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo”

Lo anterior muestra, entonces, que el Hospital San Antonio del Municipio de Tarqui es una entidad pública descentralizada con el carácter de una Empresa Social del Estado, cuyos servidores públicos pueden ser empleados públicos o trabajadores oficiales.

Sin embargo, en ninguna de las normas trascritas anteriormente se determina con claridad cuál es la naturaleza de los miembros de la Junta Directiva de esa Empresa Social del Estado, por cuanto no todos ellos se encuentran vinculados laboralmente a la misma.

El artículo 192 de la Ley 100 de 1993 regula lo siguiente:

“Dirección de los Hospitales Públicos. (...) la junta directiva, constituida según las disposiciones de la Ley 10 de 1990, por períodos mínimos de tres (3) años prorrogables (...)

PARÁGRAFO 1º. Esta norma entrará en vigencia a partir del 31 de marzo de 1995.

PARÁGRAFO 2º. Los directores de hospitales del sector público o de las Empresas Sociales del Estado se regirán en materia salarial por un régimen especial que reglamentará el Gobierno Nacional dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la presente Ley, teniendo en cuenta el nivel de complejidad y el presupuesto del respectivo hospital”

Por su parte, el artículo 11 del Decreto 1876 de 1994 “por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto-ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado”, señala como funciones de las Juntas Directivas de esas empresas, las siguientes:

“Sin perjuicio de las funciones asignadas a las Juntas Directivas por ley, Decreto, Ordenanza o Acuerdo u otras disposiciones legales, ésta tendrá las siguientes:

1. Expedir, adicionar y reformar el Estatuto Interno.
2. Discutir y aprobar los Planes de Desarrollo de la Empresa Social.
3. Aprobar los Planes Operativos Anuales.
4. Analizar y aprobar el proyecto de presupuesto anual, de acuerdo con el Plan de Desarrollo y el Plan Operativo para la vigencia.
5. Aprobar las modificaciones de tarifas y cuotas de recuperación que proponga el Director o Gerente, para ajustarse a las políticas tarifarias establecidas por las autoridades competentes en el sistema general de seguridad social en salud, en sus distintos órdenes.
6. Aprobar la planta de personal y las modificaciones a la misma, para su posterior adopción por la autoridad competente.
7. Aprobar los Manuales de Funciones y Procedimientos, para su posterior adopción por la autoridad competente.
8. Establecer y modificar el Reglamento Interno de la Empresa Social.
9. Analizar los Informes Financieros y los informes de ejecución presupuestal presentados por el Gerente y emitir concepto sobre los mismos y sugerencias para mejorar el desempeño institucional.
10. Supervisar el cumplimiento de los planes y programas definidos para la Empresa Social.
11. Servir de voceros de la Empresa Social ante las instancias político-administrativas correspondientes y ante los diferentes niveles de Dirección

del Sistema de Salud, apoyando la labor del Gerente en este sentido.

12. Asesorar al Gerente en los aspectos que este considere pertinente o en los asuntos que a juicio de la Junta lo ameriten.
13. Diseñar la política, de conformidad con las disposiciones legales, para la suscripción de los Contratos de Integración Docente Asistencial por el Gerente de la Empresa Social.
14. Elaborar terna para la designación del responsable de la Unidad de Control Interno.
15. Fijar honorarios para el Revisor Fiscal.
16. Determinar la estructura orgánica-funcional de la entidad, y someterla para su aprobación ante la autoridad competente.
17. Elaborar terna de candidatos para presentar al Jefe de la respectiva Entidad Territorial para la designación del Director o Gerente”.

Y, el artículo 10 del Decreto 1876 de 1994, preceptuó que, sin perjuicio de lo dispuesto en los estatutos internos y reglamentos de cada entidad, la Junta Directiva de un Hospital Público “se reunirá ordinariamente cada dos (2) meses y extraordinariamente a solicitud del Presidente de la Junta o del Representante Legal de la Empresa Social, o cuando una tercera parte de sus miembros así lo soliciten”.

En consecuencia, para la Sala resulta evidente que el carácter de miembros de las Juntas Directivas de los Hospitales Públicos no confiere la categoría de empleado público, puesto que, de un lado, no desempeñan funciones permanentes sino transitorias y periódicas para dirigir la entidad descentralizada y, de otra, la ausencia de la dedicación permanente a dichas juntas les autoriza a desempeñar otras actividades que resultan compatibles con el ejercicio de esa función.

Además de lo expuesto, se tiene que el artículo 81 del Decreto 1298 de 1994, “Por el cual se expide el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en lo pertinente, preceptúa:

“DIRECCION DE LOS HOSPITALES PUBLICOS.

(...)

La Junta Directiva, presidida por el Jefe de la Administración Seccional o Local o su delegado, estará integrada, en el primer nivel de atención hospitales locales, centros y puestos de salud por los organismos de participación comunitaria, en los términos que lo determine el reglamento. En las entidades de los niveles secundario y terciario de atención hospitales regionales, universitarios y especializados se integrará la Junta, en forma tal que un tercio de sus integrantes estén designados por la comunidad, un tercio de éstos representen el sector científico de la salud y un tercio de ellos representen el sector político administrativo. El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos de conformación, las funciones y el funcionamiento de los organismos de dirección.

Parágrafo. Los directores de hospitales del sector público o de las Empresas Sociales del Estado se regirán en materia salarial por un régimen especial que reglamentará el Gobierno Nacional teniendo en cuenta el nivel de complejidad y el presupuesto del respectivo hospital”.

A su turno, los artículos 6º y 7º del Decreto 1876 de 1994, “por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto-ley 1298 de 1994 en

lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado”, disponen:

“De la Junta Directiva. La Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado de los órdenes nacional y territorial, estarán integradas de conformidad con lo establecido en el artículo 98 del Decreto-ley 1298 de 1994, así: una tercera parte de sus miembros serán representantes del sector político administrativo, otra tercera parte representará al sector científico de la salud y la tercera parte restante será designada por la comunidad.

PARÁGRAFO. La composición de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Centro Dermatológico Federico Lleras Acosta, se regirá por lo dispuesto en el Decreto 1257 de 1994.

ARTÍCULO 7º. *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:

1. 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.

2. 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 ternas 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.

3. 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 ésta, para la organización de la elección correspondiente. No obstante, cuando éstos 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 1º. 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 2º. Cuando el número de miembros de la junta sobrepase de seis, en los estatutos de cada entidad deberá especificarse el mecanismos de elección de los demás representantes, respetando en todo caso lo establecido en los artículos 98 del Decreto-ley 1298 de 1994 y 7º del presente Decreto”

Con base en lo anterior se pueden inferir tres conclusiones, a saber:

La primera, la lectura sistemática de todas las normas que se transcribieron muestra que los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado, por el solo hecho de tener esa condición, no desempeñan empleo público ni adquieren la categoría de empleados públicos, pues no ocupan cargos de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa en esas entidades.

La segunda, la calidad de miembro de la Junta Directiva no implica vinculación laboral al Hospital Público. Incluso, el artículo 8º, parágrafo, del Decreto 1876 de 1994 señala que “La entidad territorial respectiva, a la cual esté adscrita la Empresa Social del Estado, fijará los honorarios por asistencia a cada sesión de la Junta Directiva, para los miembros de la misma que no sean servidores públicos. En ningún caso dichos honorarios podrán ser superior a medio salario mínimo mensual por sesión, sin perjuicio de reconocer en cuenta separada, los gastos de desplazamiento de sus integrantes a que haya lugar”. Ello muestra con claridad que algunos de los miembros de la Junta Directiva no son servidores públicos a quienes no se les remunera sus servicios con salario sino con honorarios.

La tercera, la calidad de empleado público no deviene del carácter de miembro de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado. En efecto, algunos de esos integrantes tienen la calidad de empleados públicos pero no por el hecho de ser miembros de la Junta sino por su vinculación laboral anterior. Es el caso, por ejemplo, del Jefe de la Administración Departamental, Distrital o Local y el Director de Salud de la entidad territorial, quienes son miembros de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado respectiva como representantes del estamento político administrativo y son empleados públicos por su vinculación con la entidad territorial correspondiente. Igualmente, puede tener la calidad de empleado público el representante del sector científico de la salud designado por los profesionales de la institución.

No obstante, los representantes de la comunidad que son designados por las Alianzas o Asociaciones de Usuarios legalmente establecidos y por los gremios de la producción del área de influencia de la Empresa Social del Estado son particulares que hacen parte de la Junta Directiva del Hospital Público, por lo que no tienen el carácter de empleados públicos. A esa conclusión se llega teniendo en cuenta, entre otras, las normas contenidas en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1298 de 1994.

En este orden de ideas, como está demostrado en el expediente que si bien es cierto el demandado fue miembro de la Junta Directiva del Hospital San Antonio del Municipio de Tarqui en representación de los usuarios, ese carácter no le dio la calidad de empleado público y, por tanto, resulta innecesario el estudio orientado a establecer si las funciones de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado implican el ejercicio de autoridad administrativa por parte de sus miembros, para dilucidar, entonces, la validez de la tesis del Tribunal en el sentido negativo o la del apoderado del demandante en contrario, esto es que si ejercen esa autoridad. Y, como la inhabilidad que invoca el demandante se refiere al ejercicio de autoridad administrativa como empleado público, resulta indudable concluir que el señor Tovar Chavarro no se encontraba incurso en la inhabilidad contemplada en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, tal y como fue modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

En esta oportunidad, la Sala reitera la tesis expuesta en un asunto similar al que ahora ocupa nuevamente su atención¹.

A la luz de todo lo expuesto se concluye que el cargo no prospera. En consecuencia, de acuerdo con el Señor Procurador Séptimo Delegado ante esta Corporación, se confirmará la sentencia apelada.

III. LA DECISION

Por lo expuesto, EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Confírmase la sentencia apelada del 12 de mayo de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila.

Segundo. En firme esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

FILEMON JIMENEZ OCHOA

REINALDO CHAVARRO BURITICA

Presidente

Ausente

MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

DARIO QUIÑONES PINILLA

VIRGILIO ALMANZA OCAMPO

Secretario

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Sentencia del 19 de agosto de 2004, expediente 3394.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 08:26:55