

80112

ORIGEN 80112-OFICINA JURIDICA / ALBA DE LA CRUZ BERRIO BAQUERO
DESTINO PEDRO ARIEL ROJAS QUIMBAYO
ASUNTO CONCEPTO
OBS

Bogotá, D.C.

2013EE0011530



Doctor
PEDRO ARIEL ROJAS QUIMBAYO
Edificio Piñango
Avenida Piñango No. 1-126, apto. 2 A
Barrio Castillo Grande
Cartagena de Indias, Bolívar

ASUNTO: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO – Inhabilidades e incompatibilidades de los ex miembros de las juntas o consejos directivos.

Respetado doctor Rojas:

1.- ANTECEDENTES

Recibimos el 18 de enero de 2013 el oficio de fecha 27 de diciembre de 2012 (ER0004122), donde nos consulta lo siguiente:

“1.- En el mes de octubre de 2011, fui elegido como miembro de la junta directiva de una ESE de orden departamental en calidad de representante del sector científico, cargo que asumí hasta el mes de octubre de 2012.

De acuerdo a lo anterior se consulta: El suscrito¹ como médico Especialista podrá celebrar contrato de prestación de servicios profesionales con la ESE citada (Sic), teniendo en cuenta que el contrato a realizar estaría regido por el derecho privado tal como lo señala el Numeral 6° del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, es decir, regida por el derecho privado y sin que se pueda predicar la incorporación de las inhabilidades contempladas en el Estatuto de Contratación Estatal.

De la misma manera en los Estatutos de la ESE, que estableció su creación y regulación en el Capítulo V desarrolló el tema del Régimen de Impedimentos, Incompatibilidades e Inhabilidades en su artículo 36 reza: “Prestación de servicios profesionales a la empresa. Los miembros de la Junta Directiva, al

¹ Doctor Pedro Ariel Rojas Quimbayo, C.C. No. 93.118.756 del Espinal; Tarjeta Profesional No. 80.451 CSde la J. (Abogado), Contrato No. 37 de 2008, suscrito con la Gobernación de Bolívar.

*igual que el gerente, durante el ejercicio de sus funciones y durante el año siguiente a su retiro, no podrán prestar sus servicios profesionales remunerados a la empresa. **Se exceptúa de esta disposición al representante científico en la junta ...**". (Negrillas fuera del texto).*

En conclusión pregunto nuevamente ¿podré celebrar contrato de prestación de servicios profesionales como médico especialista en la ESE de orden departamental toda vez que fungí como representante del sector científico hasta el mes de octubre del presente año (2012)?"

2.- FUENTE FORMAL

Decreto 128 de 1976

Decreto 1876 de 1994.

Ley 489 de 1998.

Ley 1438 de 2011 *Por medio de la cual se reforma el sistema de seguridad social y se dictan otra disposiciones.*

3.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

3.1.- Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, ocuparon especialmente la atención del Constituyente de 1991; uno de sus objetivos fue el de lograr sanear la administración pública y erradicar una serie de vicios que no sólo habían clientelizado a los partidos políticos sino que además, generaron una notoria incidencia en la administración, afectando la eficiencia y eficacia de la misma.²

El constituyente no podía desconocer que las actuaciones de la administración en muchas oportunidades son inducidas por motivaciones diferentes al servicio público, e inspiradas en favorecer intereses de los particulares o de agrupaciones electorales, frente a lo cual era necesario adoptar algunas decisiones.³

3.2.- Hay criterios básicos en la interpretación de normas que establecen inhabilidades e incompatibilidades, es decir, características especiales, que deben guiar su interpretación, así:

1.- Se trata de normas restrictivas de libertades.

² Atehortua Ríos Carlos Arturo, *Inhabilidades, Control y Responsabilidad en la Contratación Estatal*, Editorial Diké, Bogotá, 1995, página 34.

³ Atehortua Ríos Carlos Arturo, *Inhabilidades, Control y Responsabilidad en la Contratación Estatal*, Editorial Diké, Bogotá, 1995, página 34.

- 2.- Son normas moralizadoras.
- 3.- De su aplicación se derivan consecuencias sancionatorias.
- 4.- Podrían llegar a generar responsabilidades.
- 5.- De su aplicación no puede beneficiarse quien ha actuado con dolo, o en fraude a la ley, o utilizando persona interpuesta a fin de evadir la aplicación de restricciones legales.

Por el primer aspecto, estas disposiciones legales no admiten interpretaciones analógicas, por el segundo, tienen la condición de ser de aplicación inmediata, por el tercero, o sea por su carácter sancionatorio, deben reunir todas las condiciones de este tipo de derecho, en especial los requisitos de legalidad tanto de la conducta sancionable como de la pena, el cumplimiento del debido proceso, el de aplicación de la norma favorable y el de la temporalidad, por el cuarto, se debe tomar en cuenta que sólo cuando son el resultado de una actuación "antijurídica" generan responsabilidades y por el quinto, de su aplicación no pueden deducirse ventajas a favor de quien ha actuado en forma dolosa o para obtener ventajas, quien alega su propia torpeza.⁴

Tratándose como se trata de normas restrictivas de libertades, sobre el tema, no existe competencia normativa de carácter administrativo, por lo tanto, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es determinado por la Constitución y la ley, no siendo posible jurídicamente que puedan crearse otras distintas.

Las inhabilidades e incompatibilidades "son propuestas por el ordenamiento jurídico con la finalidad generalísima de evitar colisión entre los distintos papeles sociales que cumple el funcionario público; a objeto de eludir presiones en razón de determinadas situaciones personales y para preservar su imparcialidad.

Conviene precisar aquí la distinción entre esos conceptos que en algunas oportunidades mueven a confusión. Puntualicemos entonces que la inhabilidad es la inaptitud de una persona para ser honrada con funciones públicas; en la prohibición se está frente una conducta vedada al funcionario estatal.

Los impedimentos traslucen una regla de la experiencia de posible parcialidad y por la recusación se extraen de su conocimiento asuntos que se le asignaron por la concurrencia de razones con fuerza suficiente para influir en su ánimo. Surge el conflicto de intereses cuando en la materia que deba abordar tenga interés particular y

⁴ 2 *Ibíd*em, página 57

directo o lo tuvieren sus más próximos en el afecto (art. 40 Ley 734/02 Código Disciplinario Único)". (Oficina Jurídica –CGR –Concepto Jurídico -2007 EE 32498, Julio 18 de 2007).

3.3.- Ahora bien, en cuanto al tema de la naturaleza jurídica, régimen contractual; de personal y presupuestal, de las empresas sociales del Estado tenemos lo siguiente:

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, prescribe:

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

Por su parte, el Decreto 1876 de 1994⁵ *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, dispuso:*

Artículo 1º: 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.

Artículo 17º.- Régimen de personal. Las personas que se vinculen a una Empresa Social del Estado tendrán el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales, en los términos establecidos en el artículo 674 del Decreto-ley 1298 de 1994.⁶

⁵ NOTA: Aclarado por el Decreto Nacional 1621 de 1995, en el sentido que el presente Decreto reglamenta los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993 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.

NOTA: El Decreto Nacional 1298 de 1994, fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-255 de 1995, salvo el numeral 1o. del artículo 674.

⁶ Declarado Inexequible, Sentencia C- 255 de 1995.

Entretanto, el Decreto 128 de 1976⁷ 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 estas, señala en sus artículos 10° y 14:

*“De la prohibición de prestar servicios profesionales. Los miembros de las juntas o consejos, **durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro**, y los gerentes o directores, dentro del período últimamente señalado, **no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece**”.* (Negrillado fuera del texto original).

*“Artículo 14. DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS Y DE LOS GERENTES O DIRECTORES. **Los miembros de las Juntas o Consejos Directivos** y los Gerentes o Directores no podrán, en relación con la entidad a la que prestan sus servicios y con las que hagan parte del sector administrativo al cual pertenece aquella:*

“a. Celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno.

“b. Gestionar negocios propios o ajenos, salvo cuando contra ellos se entablen acciones por dichas entidades o se trate de reclamos por el cobro de impuestos o tasas que se hagan los mismos, a su cónyuge o a sus hijos menores, o del cobro de prestaciones y salarios propios.

“Las prohibiciones contenidas en el presente Artículo regirán durante el ejercicio de las funciones y dentro del año siguiente al retiro de la entidad. (Dos (2) años, según lo dispuesto en los artículos 3° y 4° de la Ley 1474 de 2011).

“Tampoco podrán las mismas personas intervenir, por ningún motivo y en ningún tiempo, en negocios que hubieren conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones.

⁷ Modificado por la Ley [1474](#) de 2011, publicada en el Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011, 'Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública'.

“No queda cobijado por las incompatibilidades de que trata el presente Artículo el uso que se haga de los bienes o servicios que la respectiva entidad ofrezca al público bajo condiciones comunes a quienes los soliciten.

“Quienes como funcionarios o miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los organismos a que se refiere este Artículo admitieren la intervención de cualquier persona afectada por las prohibiciones que en él se consagran, incurrirán en mala conducta y deberán ser sancionados de acuerdo con la Ley.”

“En cuanto al artículo 10°, el actor considera que éste prohíbe a los gerentes o directores de las entidades descentralizadas “actuar nuevamente” en la misma entidad dentro del año siguiente (dos (2) años, según lo dispuesto en los artículo 3° y 4° de la Ley 1474 de 2011), al retiro, es decir, desempeñar dentro de ése período otro cargo en la entidad a la que estaban vinculados.”

“Para la Sala es inequívoco que la norma establece a los gerentes o directores la prohibición de prestar sus servicios profesionales en la entidad descentralizada a la que estuvieron vinculados, dentro del año siguiente al retiro.

Entendiendo que los servicios profesionales a los que se refiere la disposición en comento pueden ser prestados bien en virtud de una vinculación legal o reglamentaria, ora mediante una relación contractual. (...)” (Resaltado nuestro).

Es importante tener en cuenta lo determinado en el artículo 15 ibídem, en cuanto a que los miembros de las juntas o consejos directivos no son empleados públicos; la norma dispone:

*Artículo 15°.- Aplicabilidad de las normas penales a los miembros de las juntas. Por cuanto ejercen funciones públicas y se hallan encargados de la prestación de un servicio público y del manejo de fondos o rentas oficiales, **a los miembros de las juntas o consejos que no tienen por este hecho la calidad de empleados públicos**, les son aplicables las disposiciones del Título III del Código Penal sobre “Delitos contra la Administración Pública. (Resaltado nuestro).*

A quienes sí tengan la calidad de funcionarios o empleados públicos, se aplicarán las disposiciones penales previstas para éstos”.

En este punto debemos tener claro que el término de un (1) año expresado en el artículo 10° del Decreto 128 de 1976 fue modificado por los artículos 3° y 4° de la Ley 1474 de 2011, toda vez que para el caso específico de los ex servidores, como también de los ex empleados públicos, la prohibición de aceptar cargo o contrato en la misma entidad de donde fue miembro de la junta o consejo, se aumento a dos (2) años.

Estipulan los artículos:

Artículo 3°. Prohibición para que ex servidores públicos gestionen intereses privados. El numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 quedará así: Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado.

Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones. Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe sujetos claramente determinados.

Artículo 4°. Inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el Estado. Adicionase un literal f) al numeral 2 del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así: Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.

Independientemente que el Estatuto Interno de la Empresa Social del Estado **X** indique que "... los miembros de la junta directiva, al igual que el gerente, durante el ejercicio de sus funciones y durante el año siguiente a su retiro, no

podrán prestar sus servicios profesionales remunerados a la Empresa. Se exceptúa de esta disposición al representante del sector científico interno de la junta”, la norma, ello es, el artículo 10º del Decreto 128 de 1976, no hizo excepción alguna, en ese orden, es decir, no existe competencia normativa de carácter administrativo, por cuanto, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es determinado por la Constitución y la ley. (Subrayado nuestro).

4.- CONCLUSIÓN

Los impedimentos, recusaciones, las inhabilidades e incompatibilidades consagradas en las leyes se consideran siempre en forma restrictiva, por lo que en modo alguno resultan admisibles las ampliaciones analógicas a circunstancias no contempladas, pues lo que el legislador no dijo explícita y precisamente se estima que no fue querido por él. (Oficina Jurídica -CGR -Concepto Jurídico -2007 EE 32498, Julio 18 de 2007).

En consecuencia, los miembros de las Juntas o Consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro de dos (2) años siguientes a su retiro, y los Gerentes o Directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales, ni a través de vinculación legal y reglamentaria, como tampoco, mediante relación contractual en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece.

Los dos (2) años se contarán para los ex servidores públicos como para los ex empleados públicos.

Si se trata de particulares cumpliendo una función pública, este hecho, no los hace servidores públicos como tampoco empleados públicos.

La prohibición contemplada en los estatutos de la Empresa Social del Estado **X** (art. 36)⁸, deberá ser actualizada con base en las normas vigentes y consideramos que en este momento se tendrá que entender la excepción (*representante del sector científico*), respecto de los miembros de la junta que no fueron ni empleados públicos como tampoco servidores públicos; otra interpretación diferente no será aceptada, toda vez que se trata de normas restrictivas de libertades, sobre el tema, no existe competencia normativa de carácter

⁸ Los miembros de la junta directiva, al igual que el gerente, durante el ejercicio de sus funciones y durante el año siguiente a su retiro, no podrán prestar sus servicios profesionales remunerados a la Empresa. Se exceptúa de esta disposición al representante del sector científico interno de la junta.

Doctor PEDRO ROJAS QUIMBAYO

9

administrativo, por lo tanto, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es determinado por la Constitución y la ley, no siendo posible jurídicamente que puedan crearse otras distintas.

Le expresamos que puede conocer y consultar los conceptos que, con relación a este y otros temas, ha proferido la Oficina Jurídica, visitando nuestra página Web www.contraloriagen.gov.co, Link - Portal Institucional – Link - Información al Ciudadano, Link - Normatividad- .

La presente respuesta tiene la naturaleza de un concepto jurídico, por lo tanto, solamente constituye un criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 230 de la Constitución Política, 26 del Código Civil y 28^º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.

Cordial saludo,

ALBA DE LA CRUZ BERRIO BAQUERO
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: *Gloria Leonora Andeotti Caro, Profesional Universitario.*

Revisión de forma: *María Stella Romero Nieto.*

NR: *2013ER0004122*

⁹ Artículo 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

NOTA: Declarado INEXEQUIBLE (diferido hasta el 31 de diciembre de 2014) por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-818 de 2011](#).