



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 2014600065801

Fecha: 23/05/2014 11:50:22 a.m.

Bogotá, D.C.,

Señor
HURGO ARMANDO MENDEZ AREVALO
Gerente ESE Hospital Santa Clara
josparr@intesesantaclara.gov.co

REF. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Un miembro de Junta Directiva de una Empresa Social del Estado se encuentra inhabilitado por tener el hermano participación del capital en una entidad privada del sector salud? **Radicado:** 20142060055372 del 9 de abril de 2014.

Respetado señor Méndez, reciba un atento saludo.

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

1. 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, establece:

"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."

2. La Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, señala:

"ARTÍCULO 41. EXTENSIÓN DE LAS INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS. Las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la ley para los gerentes, directores, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, se hacen extensivos a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal."

"ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes:

"(...)"

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.

"(...)"

3. El 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, establece:

"ARTÍCULO 9o. TERMINOS DE LA ACEPTACION. Una vez comunicada por escrito la designación y funciones como miembro de la Junta Directiva, por parte de la Dirección de Salud correspondiente, la persona en quien





recaiga el nombramiento, deberá manifestar por escrito su aceptación o declinación dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación.

En caso de aceptación, tomará posesión ante el Ministro de Salud cuando se trate de una Empresa Social del Estado del orden nacional, o ante el Director Departamental, Distrital o Municipal de Salud, quedando consignada tal posesión en el libro de Actas que se llevará para tal efecto. Copia del Acta será enviada al Representante Legal de la Empresa Social.

Los miembros de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado respectiva, tendrán un periodo de tres (3) años en el ejercicio de sus funciones y podrán ser reelegidos."

4. La Corte Constitucional en Sentencia No. C-349 de 1994, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, respecto a las incompatibilidades, preceptuó:

"El señalamiento constitucional de incompatibilidades implica necesariamente la consagración de límites y excepciones a la actividad de la persona, la cual no estaría cobijada por ellos si no fuera por el cargo que desempeña. Desde ese punto de vista comporta un trato diferente al aplicable para los demás pero justificado en razón de los superiores intereses públicos.

La incompatibilidad significa imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades."

5. De conformidad con las normas citadas, un miembro de la junta directiva de una Empresa Social del Estado no podrá ser representante legal, ni miembro de los organismos directivos, director, 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, (hermano 2° de consanguinidad), segundo de afinidad o único civil.

6. No obstante lo expuesto, es pertinente establecer que se entiende por sector salud nacional, departamental distrital y municipal, análisis que fue realizado a través del concepto con numero de radicado 20136000120571 del 1 de agosto de 2013, el cual me permito adjuntar en 4 folios, en el cual se evidencia que las entidades de naturaleza privada no hacen parte del mismo.

En este orden de ideas, para el caso objeto de consulta, al adquirir el hermano de un miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado participación en el capital de una entidad privada que presta servicios de salud, en criterio de esta Dirección se considera que no está inmerso en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido en la ley.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,


CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN
Directora Jurídica

Jaime Jiménez/JFCA/CPHL
600.4.8.





Departamento Administrativo
de la **FUNCIÓN PÚBLICA**
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20136000120571

Fecha: 01/08/2013 09:47:06 a.m.

Bogotá D. C.,

Señora:

LINA MARIA MORENO RESTREPO

E-mail: linamariamr@yahoo.es

Ref.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad de ex empleado para contratar con el Estado en entidades del sector salud. **Rad. 20139000019622**

Respetada señora:

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

Con respecto a la inhabilidad para que ex servidores públicos contraten con el Estado que consagra el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, le informo que la Ley 80 de 1993, "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", establece como inhabilidades para contratar, entre otras:

"ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

"(...)"

2o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Entra a regir a partir del 16 de enero de 2008, según lo ordena el artículo 33 de la misma Ley> Tampoco podrán participar en licitaciones ~~e concursos~~ ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro. (...)"

De acuerdo con lo establecido en el literal a. del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante que hubieren desempeñado funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, inhabilidad que se extiende **por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.**

Con la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011, a partir del 12 de julio del 2011, se adicionó un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en el siguiente sentido:

"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:

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a ti"

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D.C., Colombia • Teléfono: 334 4080/87 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 018000 917 770
Código Postal: 111711. Internet: www.dafp.gov.co • Email: webmaster@dafp.gov.co





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."

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-257 del 7 de mayo de 2013 resolvió la demanda de inconstitucionalidad en contra del Inciso 1º del artículo 3 y el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, Conjuez Ponente: Jaime Córdoba Triviño, y señaló lo siguiente:

"4.- Análisis de la constitucionalidad del artículo 4º de la ley 1474 de 2001, que adiciona un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

Esta disposición normativa establece, dentro del conjunto de inhabilidades que el legislador ha previsto para contratar con el Estado, específicamente para (i) quienes hayan ejercido cargos directivos en las entidades del Estado; (ii) sus parientes dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil; y (iii) las sociedades en las cuales dichos ex directivos a sus parientes próximos hagan parte o estén vinculados a cualquier título a esa sociedad, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. La inhabilidad rige durante los dos años siguientes a su retiro.

El demandante plantea que esta disposición (i) viola el derecho a la personalidad jurídica consagrado en el artículo 14 superior, pues impide a las personas que hayan desempeñado una función pública como directivos contratar con el Estado precisamente en las áreas que corresponden y son más apropiados para aplicar su conocimiento, especialidad y experiencia; (ii) la medida no es idónea pues existen otros mecanismos menos gravosos para los derechos fundamentales para lograr la finalidad que persigue y está dirigida contra quienes ya no tienen injerencia; (iii) la restricción es excesiva frente a los beneficios buscados, lo mismo que el plazo previsto si se toma en cuenta que para muchas personas la contratación pública es la fuente de su subsistencia.

Plantea además el demandante que al no diferenciar la norma el tipo de sociedades respecto de las cuales se aplica la inhabilidad, estarían comprendidas también las sociedades anónimas, lo cual implica que (i) podría afectar a empresas que hayan realizado ofertas públicas de acciones a partir de las cuales servidores públicos se conviertan en accionistas y (ii) resulta desproporcionado, pues no tiene en cuenta los casos en los que puede resultar afectada por la actividad de uno solo de ellos, sin importar el porcentaje de participación.

En los términos ya señalados, se reitera que el legislador goza en esta materia de una amplia libertad de configuración para establecer un régimen estricto de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos durante el ejercicio de sus funciones y por un tiempo razonable a partir de su retiro, especialmente en el ámbito de la contratación pública. En este caso las medidas legislativas se han adoptado como parte esencial de una política pública cuyo fin es la de erradicar y prevenir no solo posibles actos de corrupción, sino la de proscribir ventajas y privilegios que entrañan grave desconocimiento de los fines del estado, de los principios de la función pública y de los derechos de los ciudadanos en materia de contratación estatal. Política pública que, como ya se anotó, responde a una continuidad histórica, desde su consagración en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y que se ha ordenado a establecer rigurosos mecanismos de prevención de prácticas indeseables en la contratación pública. Por ello resulta constitucionalmente admisible establecer una inhabilidad para contratar con el Estado a los ex servidores públicos que ejercieron funciones directivas y a las sociedades en que en estos o sus parientes hagan parte y la entidad del estado a la cual estuvo vinculado como directivo.

No puede perderse de vista que la norma acusada establece la inhabilidad para contratar, directa o indirectamente, a quienes hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado, o sus parientes, y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título. Es claro que la norma señala que la inhabilidad se aplica en relación con aquellos servidores públicos que desempeñaron funciones de dirección para evitar que puedan utilizar los vínculos, influencia y ascendencia que estos ex directivos -o sus familiares cercanos- puedan tener con la entidad y sus funcionarios encargados de los procesos de selección, precisamente por el rol de jerarquía y mando que ejerció, con lo cual se trata de poner a salvo los principios constitucionales de la administración pública ya referidos.

Sin embargo, como lo plantea el demandante y algunos intervinientes, tratándose de sociedades anónimas por acciones, dadas sus características esenciales, la restricción no podría aplicarse, pues en estos casos no existe posibilidad de control sobre los accionistas que puedan acceder a la compra de acciones, y que lo pueden hacer con plena libertad, incluso en el mercado bursátil abierto, en razón de la capacidad económica y voluntad del inversionista y no por sus condiciones personales y de manera particular por su condición de ex servidor público.

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a ti"





Esta circunstancia de suyo no implica que la norma deba ser declarada inconstitucional o la necesidad de que la Corte profiera una sentencia condicionada, pues de lo que se trata en este caso es de fijar el alcance material de la proposición normativa objeto de control.

Para la Corte es claro que la prohibición establecida en el artículo 4 de la Ley 1474 de 2011, que adiciona el literal F al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no aplica respecto de aquellos tipos societarios en donde la forma de vinculación de los socios hace imposible un control directo y efectivo sobre su ingreso y sobre las calidades personales de los mismos.

Esta hipótesis es distinta, se aclara, a la del ex servidor público que tiene la condición de: directivo o representante legal de este tipo de sociedades y pretende en nombre de aquella contratar con la entidad a la cual estuvo vinculado y cuyo objeto tenga relación con las funciones públicas que desempeñó.

Bajo esas precisiones la Corte declarará la constitucionalidad del enunciado normativo acusado." (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, 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, están inhabilitadas para contratar directa o indirectamente con la entidad respectiva, 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.

Con respecto a lo que debe entenderse por sector salud a nivel nacional, departamental, distrital y municipal, le informo lo siguiente:

El Decreto-ley 4107 de 2011 "Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social", determina la conformación del sector salud a nivel nacional, así

***ARTÍCULO 4o. INTEGRACIÓN DEL SECTOR SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.** El Sector Administrativo de Salud y Protección Social está integrado por el Ministerio de Salud y Protección Social y las siguientes entidades adscritas y vinculadas:

1. Entidades Adscritas:

1.1. Establecimientos Públicos:

- 1.1.1. Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia.
- 1.1.2. Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.
- 1.1.3. Instituto Nacional de Salud - INS.
- 1.1.4. Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - Invima.

1.2. Empresas Sociales del Estado:

- 1.2.1. Centro Dermatológico "Federico Lleras Acosta".
- 1.2.2. Instituto Nacional de Cancerología - INC.
- 1.2.3. Sanatorio de Agua de Dios.
- 1.2.4. Sanatorio de Contratación.

1.3. Superintendencia con personería jurídica:

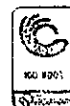
- 1.3.1. Superintendencia Nacional de Salud
- 1.4. Unidad Administrativa Especial con personería jurídica:
 - 1.4.1. Comisión de Regulación en Salud - CRES.

2. Entidades Vinculadas:

- 2.1. Empresas Industriales y Comerciales del Estado:
 - 2.1.1. Caja de Previsión Social de Comunicaciones - Caprecom.
 - 2.1.2. Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal EICE –en Liquidación–
 - 2.1.3. Empresa Territorial para la Salud Etesa –en Liquidación–
 - 2.1.4. Instituto de Seguros Sociales."

A nivel departamental, debe diferenciarse entre el sector central y descentralizado, así:

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a tí"





Departamento Administrativo
de la **FUNCIÓN PÚBLICA**
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Sector central: Conformado por las Gobernaciones, las Secretarías y los Departamentos Administrativos.

Sector descentralizado: A este sector corresponden aquellas entidades cuya gestión administrativa, aunque subordinada al gobierno central, se realiza con relativa independencia y que cuentan con autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente. Es el caso de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, entre otras.

A nivel municipal debe diferenciarse entre el sector central y descentralizado, así:

Sector central: Conformado por las Alcaldías, las Secretarías y los Departamentos Administrativos.

Sector descentralizado: A este sector corresponden aquellas entidades cuya gestión administrativa, aunque subordinada al gobierno central, se realiza con relativa independencia y que cuentan con autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente. Es el caso de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, entre otras.

Respondiendo puntualmente sus preguntas, en criterio de esta Dirección el **directivo** está inhabilitado para contratar con la entidad respectiva durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo, en aquellos casos en que la contratación tenga relación con el sector al cual prestaba sus servicios, es decir, para el caso objeto de análisis, en el sector salud, así las actividades sean diferentes.

Finalmente, le manifiesto que las inhabilidades de la Ley 80 de 1993 no son extensivas a los nombramientos de carácter ordinario regidos por una relación legal y reglamentaria con la Administración. Tampoco se extienden a los contratos que se celebren dentro del ámbito laboral de carácter privado.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,


CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON
Directora Jurídica

Mónica Herrera/CPHL Rad. 20139000019622

600.4.8.

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a ti"
Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D.C., Colombia • Teléfono: 334 4080/87 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 018000 917 770
Código Postal: 111711. Internet: www.dafp.gov.co • Email: webmaster@dafp.gov.co

