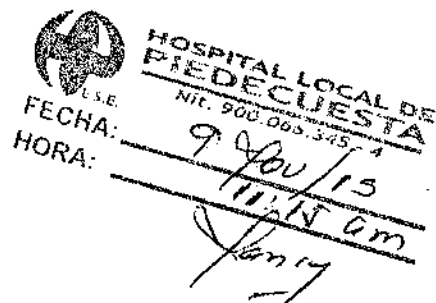


Piedecuesta, 9 de Noviembre de 2015

Doctor
Pablo Cáceres Serrano
Gerente E.S.E Hospital Local de Piedecuesta
E.S.D.



Asunto: Concepto jurídico sobre las inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado

Cordial Saludo,

De manera atenta, y de conformidad con su solicitud me permito emitir concepto jurídico en relación con la viabilidad de que un ex servidor público del nivel profesional y ex miembro de la junta directiva de la ESE Hospital Local de Piedecuesta dentro del año siguiente a su desvinculación, pueda ser nombrado y posesionado nuevamente como Profesional Universitario del Área Administrativa o contratado mediante prestación de servicios profesionales, atendiendo lo dispuesto en el artículo 10 del decreto ley 128 de 1976, en los siguientes y precisos términos:

Su consulta obliga a plantearnos los siguientes problemas jurídicos:

PROBLEMAS JURÍDICOS

1. ¿Existe inhabilidad o incompatibilidad para que un ex servidor público del nivel profesional y ex miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado, dentro del año siguiente a su desvinculación, pueda ser vinculado legal y reglamentariamente en un empleo público de la misma entidad?
2. ¿Existe inhabilidad o incompatibilidad para que un ex servidor público del nivel profesional y ex miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado dentro del año siguiente a su desvinculación, pueda ser contratado en la misma entidad mediante prestación de servicios profesionales?

Veamos:

DEL REGIMEN DE INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTOS DE INTERESES

Sea lo primero señalar que las inhabilidades son circunstancias, situaciones o condiciones que se predicán de una persona natural y que le impiden ser elegida u ocupar o desempeñar ciertos empleos o funciones, en forma temporal o definitiva y que responden a razones de interés público y de moralidad administrativa.

La Corte Constitucional ha señalado que "*Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo Cfr. Corte Constitucional*".¹

¹ Sentencias C-380-97, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-200-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-1212-01, M.P. Jaime Araujo Rentería.

A su vez las incompatibilidades son prohibiciones legales, morales o de conveniencia que tienen las personas naturales para desempeñar simultáneamente dos actividades cuando están desempeñando las funciones propias de un empleo público y aún después de haber cesado en su ejercicio.

El máximo Tribunal Constitucional nos ha enseñado que *"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. Dada la situación concreta del actual ejercicio de un cargo - como es el de congresista para el caso que nos ocupa- aquello que con la función correspondiente resulta incompatible por mandato constitucional o legal asume la forma de prohibición, de tal manera que, si en ella se incurre, el propio ordenamiento contempla la imposición de sanciones que en su forma más estricta llevan a la separación del empleo que se viene desempeñando. En nuestro sistema, por ejemplo, la violación del régimen de incompatibilidades por parte de los congresistas ocasiona la pérdida de la investidura (artículo 183, numeral 1, de la Constitución) y, además, en cuanto sea pertinente, está sujeta a la imposición de las sanciones penales que la ley contempla."*²

Cabe anotar en este punto la diferencia entre inhabilidades e incompatibilidades según el Consejo de Estado, la cual radica en que *"las causales de inhabilidad constituyen una prohibición para que alguien sea elegido o nombrado, y pueden dar lugar a la nulidad de la elección o nombramiento, mientras que las incompatibilidades son prohibiciones para el elegido o nombrado, cuya violación es sancionable disciplinariamente"*³

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES COMUNES A TODOS LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Antecedentes jurídicos

La **Constitución Política** es el primer referente que se encuentra sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio de la función pública o para relacionarse con el Estado; es así como se evidencian las siguientes disposiciones:

"Artículo 122 (...) Modificado por el art. 4, Acto Legislativo 01 de 2009.
Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño."

(...)

² Sentencia No. C-349 de 1994, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P., OSCAR ANIBAL GIRALDO CASTAÑO, Bogotá D.C., mayo seis (6) de mil 1997.

ARTICULO 126. Modificado por el art. 2, Acto Legislativo 02 de 2015:
Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera.

Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

Quien haya ejercido en propiedad alguno de los cargos en la siguiente lista, no podrá ser reelegido para el mismo. Tampoco podrá ser nominado para otro de estos cargos, ni ser elegido a un cargo de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones:

Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro de la Comisión de Aforados, Miembro del Consejo Nacional Electoral, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República y Registrador Nacional del Estado Civil.⁴

ARTICULO 127. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 2 de 2004.
Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución.

Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria”.

(...)

ARTICULO 129. *Los servidores públicos no podrán aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros u organismos internacionales, ni celebrar contratos con ellos, sin previa autorización del Gobierno.*

(...)

⁴ Mediante sentencia C-029 de 2009 se dispuso que la inhabilidad es aplicable a parejas del mismo sexo.

ARTÍCULO 179. NUM. 8. Modificado por el art. 13, Acto Legislativo 01 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: *Nadie podrá ser elegido para más de una Corporación o cargo público, ni para una Corporación y un cargo si los respectivos periodos coinciden en el tiempo, así fuere parcialmente. La renuncia un (1) año antes de la elección al cargo al que se aspire elimina la inhabilidad.*

Parágrafo transitorio. La inhabilidad establecida en el numeral anterior no aplicará para quienes hayan renunciado al menos seis (6) meses antes del último día de inscripciones para la realización de las elecciones al Congreso de la República en el año 2010."

De otra parte, se encuentra la **ley 734 de 2002** o Código Único Disciplinario que establece al respecto lo siguiente:

Artículo 35. Prohibiciones. *A todo servidor público le está prohibido:*

(...)

3. *Solicitar, directa o indirectamente, dádivas, agasajos, regalos, favores o cualquier otra clase de beneficios.*

4. *Aceptar, sin permiso de la autoridad correspondiente, cargos, honores o recompensas provenientes de organismos internacionales o gobiernos extranjeros, o celebrar contratos con estos, sin previa autorización del Gobierno.*

(...)

10. *Constituirse en acreedor o deudor de alguna persona interesada directa o indirectamente en los asuntos a su cargo, de sus representantes o apoderados, de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o de su cónyuge o compañero o compañera permanente.*

(...)

14. *Desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, las entidades territoriales y las descentralizadas.*

(...)

22. Modificado por el art 3, Ley 1474 de 2011. PROHIBICIÓN PARA QUE EX SERVIDORES PÚBLICOS GESTIONEN INTERESES PRIVADOS. *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 <sic> sujetos claramente determinados.⁵

(...)

25. Gestionar directa o indirectamente, a título personal, o en representación de terceros, en asuntos que estuvieron a su cargo.

(...)

27. Ejercer la docencia, dentro de la jornada laboral, por un número de horas superior al legalmente permitido.

(...)

Artículo 38. OTRAS INHABILIDADES. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.

2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.

3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.

4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.

PARÁGRAFO 1o. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

⁵ Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-893 de 2003, en el entendido que la prohibición establecida en este numeral será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones; y que será de un (1) año en los demás casos, 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 organismo al que se haya estado vinculado.

PARÁGRAFO 2o. Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.

Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.

ARTÍCULO 39. OTRAS INCOMPATIBILIDADES. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período:

a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;

b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

2. Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia.

Inicio

ARTÍCULO 40. CONFLICTO DE INTERESES. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.⁶

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.

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.”

⁶ Artículo declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029-09 de 28 de enero de 2009, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, “en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo”.

El decreto ley 2400 de 1968, por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones, consagró lo siguiente:

“ARTICULO 29. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 3074 de 1968. El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones. No obstante, el Gobierno podrá establecer excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan.

La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años.

(...)

ARTICULO 31. Edad de retiro. Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos.

Exceptúense de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2º del Artículo 29 de este Decreto.”

De otra parte, la ley 80 de 1993, por la cual se expidió el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, consagró las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado:

“1. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:

- a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.
- b) Quienes participaron en las licitaciones o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.
- c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.
- d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.
- e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.
- f) Los servidores públicos.

g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación.⁷

h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación.

i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

j) Literal modificado por el artículo 1 de la Ley 1474 de 2011. *Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos.*

Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.

k) Literal adicionado por el artículo 2 de la Ley 1474 de 2011. *Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.*

La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política.

Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías.

⁷ Aparte subrayado declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029-09 de 28 de enero de 2009, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, “en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo”.

La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales.

k) <sic> Literal adicionado por el parágrafo 2o. del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011. El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.⁸

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones 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.

b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

c) El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.⁹

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.¹⁰

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

f) Literal adicionado por el artículo 4o. de la Ley 1474 de 2011. 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

⁸ Declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-434-13 según Comunicado de Prensa de 10 de julio de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos, en el entendido que, en caso de concurrencia de sanciones de inhabilidad para contratar con el Estado, solo tendrá aplicación la más alta, siempre y cuando se hayan impuesto por el mismo hecho.

⁹ Aparte subrayado declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029-09 de 28 de enero de 2009, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, "en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo".

¹⁰ Idem

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.

PARÁGRAFO 1o. La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.

Inciso adicionado por el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007. En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio.

PARÁGRAFO 2o. Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas."

Finalmente, para el caso que nos ocupa y de manera específica se encuentra el **decreto ley 128 de 1976**, por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de ciertas entidades descentralizadas¹¹ y de los representantes legales de estas, que establece lo siguiente:

"Artículo 8º.- De las inhabilidades por razón del parentesco. Los miembros de las juntas o consejos directivos no podrán hallarse entre sí ni con el gerente o director de la respectiva entidad, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Habrá lugar a modificar la última elección o designación que se hubiere hecho, si con ella se violó la regla aquí consignada.

Artículo 9º.- De las prohibiciones para los miembros de las juntas y para los gerentes o directores. Además de las prohibiciones contenidas en otras normas, los miembros de las juntas y los gerentes o directores no podrán:

1. Aceptar, sin permiso del Gobierno, cargos, mercedes, invitaciones o cualquier clase de prebendas provenientes de entidades o Gobiernos extranjeros.
2. Solicitar o recibir, directamente o por interpuesta persona, gratificaciones, dádivas o recompensas como retribución por actos inherentes a su cargo;
3. Solicitar o aceptar comisiones en dinero o en especie por concepto de adquisición de bienes y servicios para el organismo.

¹¹ Artículo 1º.- Del campo de aplicación. Las normas del presente Decreto son aplicables a los miembros de las juntas o consejos directivos de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos. NOTA: Expresión subrayada declarada EXEQUIBLE mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-736 de 2007.

Las expresiones "miembros de juntas o consejos", "gerentes o directores" y "sector administrativo" que se utilizan en el presente Decreto se refieren a las personas y funcionarios citados en el inciso anterior y al conjunto de organismos que integran cada uno de los Ministerios y Departamentos Administrativos con las entidades que les están adscritas o vinculadas.

Quien viole las disposiciones establecidas en este artículo será destituido.

Artículo 10°.- 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.

Artículo 11°.- De la prohibición de designar familiares. Las juntas y los gerentes o directores no podrán designar para empleos en la respectiva entidad a quienes fueren cónyuges de los miembros de aquellas o de éstos o se hallaren con los mismos dentro del cuatro grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Artículo 12°.- De la prohibición de actuar en contra de la Nación. No podrán ejercer la profesión de abogado contra las entidades del respectivo sector administrativo, quienes hagan parte de las juntas o consejos a que se refiere el presente Decreto, a menos que se trate de la defensa de sus propios intereses o de las de su cónyuge e hijos menores.

Artículo 13°.- De la remuneración de los empleados públicos por su asistencia a juntas o consejos. Los empleados o funcionarios públicos no podrán recibir remuneración por más de dos (2) juntas o consejos directivos de que formen parte en virtud de mandato legal o por delegación.

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 a 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.

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.

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".

Pues bien, es importante establecer en primer lugar la naturaleza jurídica de las Empresas Sociales del Estado a fin de determinar cuál es su régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicable.

En la conformación del régimen jurídico aplicable a las Empresas Sociales del Estado opera el principio universal del derecho según el cual prevalecen las normas especiales sobre las generales, y que los vacíos serán llenados por las normas generales sobre la materia. En ese sentido señala el artículo 83 de la ley 489 de 1998, lo siguiente:

"Artículo 83º.- 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".*

En ese orden de ideas, las Empresas Sociales del Estado tienen su propio régimen legal especial estipulado en la ley 100 de 1993, en el decreto reglamentario 1876 de 1994, y en sus estatutos internos, atendiendo también lo estipulado en el artículo 68 de la ley 489 de 1998, en donde se señala que las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la ley 489 de 1998, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

En efecto, la ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, dispuso en su artículo 194¹² la naturaleza legal de las Empresas Sociales del Estado, en el artículo 195¹³ su régimen jurídico, sin establecer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y en su artículo 248, otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir dicho régimen y las correspondientes sanciones para los miembros de junta directiva u organismos directivos y para los representantes legales y empleados de las entidades prestadoras y promotoras de servicios estatales, entre otras.¹⁴

A su vez el decreto 1876 de 1994, reglamentario de los artículos 194, 195 y 197 de la ley 100, desarrolló la naturaleza jurídica de las Empresas Sociales del Estado, su

¹² ARTICULO. 194.-Naturaleza. Reglamentado por el Decreto Nacional 1876 de 1994. La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que 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, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.

¹³ ARTICULO. 195.-Régimen jurídico. Reglamentado por el Decreto Nacional 1876 de 1994. Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "empresa social del Estado".
2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.
3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.
4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente ley.
5. 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.
6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.
7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.
8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.
9. Para efectos de tributos nacionales, se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos.

¹⁴ En virtud de dichas facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso de la República, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 1298 de 1994, por el cual se expide el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud, donde dedicó un capítulo (VII) al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de las Empresas Sociales del Estado. No obstante, este decreto ley fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-255-95 del 7 de junio de 1995.

organización y régimen jurídico, y de manera general, en sus artículos 8 y 13, dispuso como uno de los requisitos para la elección de los Gerentes y de los miembros de las Juntas Directivas de la ESE, **no hallarse incurso en ninguna de las inhabilidades e incompatibilidades señaladas en la ley.**

De esta manera, y como quiera que el legislador para el caso de las Empresas Sociales del Estado no ha desarrollado taxativamente las inhabilidades e incompatibilidades propias de su régimen especial, deberán aplicarse las inhabilidades y las incompatibilidades **que se predicán para todos los servidores públicos en general** tanto en la Constitución, en la ley y en las que establezcan sus estatutos internos, y de contera, no podrá aplicarse por extensión, ni a sus empleados ni a los miembros de su Junta Directiva, las inhabilidades e incompatibilidades establecidas específicamente para otros servidores públicos en particular.

Caso Subjude

Ahora bien, antes de pretender aplicar para el caso objeto de estudio las inhabilidades e incompatibilidades que eventualmente correspondan de acuerdo a su régimen legal, es importante tener en cuenta que dada su naturaleza prohibitiva, aquellas deben estar previamente definidas en la Constitución o en la ley, de tal manera que la existencia de las mismas deben ser taxativas y su interpretación es restrictiva.

La Corte Constitucional ha expresado en relación con las reglas de interpretación de las inhabilidades e incompatibilidades lo siguiente: "*el Legislador tiene un margen de discrecionalidad amplio para regular las inhabilidades e incompatibilidades para acceder a la función pública, dentro de las limitaciones que la propia Carta define. **Diferente es la situación del operador jurídico, quien debe interpretar estricta y restrictivamente las causales de inelegibilidad, en tanto y cuanto son excepciones legales al derecho de las personas a acceder a los cargos públicos**"¹⁵ (Subrayas Nuestras)*

Ahora bien, para el caso que nos ocupa, debemos hacer lectura del artículo 10 del decreto ley 128 de 1976, a efectos de establecer si es aplicable a nuestro caso, por cuanto consagra una prohibición a los miembros de las juntas directivas de algunas entidades descentralizadas, durante el desarrollo de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, así:

"Artículo 10º.- 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".

Pues bien, atendiendo las reglas de interpretación restrictiva dictadas por el máximo Tribunal Constitucional y las normas atrás estudiadas, encuentra esta asesoría que el decreto ley 128 de 1976, no es aplicable expresa ni claramente a los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado, por las siguientes razones:

El artículo 1 del Decreto 128 de 1976 señala que son destinatarios de ese cuerpo normativo, los miembros de las juntas o consejos directivos **de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el 90% o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos.**

En efecto, literalmente la norma dispone lo siguiente:

¹⁵ Sentencia C-200-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

"Artículo 1. DEL CAMPO DE APLICACIÓN. Las normas del presente Decreto, son aplicables a los miembros de las juntas o concejos directivos de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el 90% o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidente (sic) de dichos organismos.

Las expresiones "miembros o concejos", "gerentes o directores" y "sector administrativo" que se utilizan en el presente Decreto, se refieren a las personas y funcionarios citados en el inciso anterior y al conjunto de organismos que integran cada uno de los Ministerios y Departamentos Administrativos con las entidades que les están adscritas o vinculadas".
(Subrayas Nuestras)

A ello, súmese lo dispuesto en el artículo 68 de la ley 489 de 1998, en donde se señala que las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la ley 489 de 1998, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos, y lo establecido en el artículo 83 de la ley 489 de 1998 que señala que 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 ley 489 de 1998 en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.

En concordancia con lo anterior, debemos tener en cuenta también el artículo 102 de la precitada ley 489 de 1998, que es diáfano al establecer el régimen de inhabilidades para los servidores públicos de ciertas entidades públicas del sector descentralizado por servicios, las cuales enumera taxativamente:

Señala la norma lo siguiente:

"Artículo 102º.- Inhabilidades e incompatibilidades. Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen". (Subrayas Nuestras)¹⁶

En este caso concreto, es evidente que la norma excluyó a las Empresas Sociales del Estado, por lo que no es posible sostener que a los miembros de su Junta Directiva o a sus Gerentes o Directores se les aplica el Decreto 128 de 1976. No sólo porque para este año no existían bajo esa denominación, sino también porque si bien se trata de entidades que pertenecen al orden descentralizado, en este caso el orden territorial, son entidades especializadas, por lo que no es posible asimilarlas a una Empresa Industrial y Comercial del Estado o una Sociedad de Economía Mixta en que el Estado tenga más del 90% de participación.

Así lo entendió también el Consejo de Estado cuando dispuso que:

"Téngase en cuenta que i) de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 (que creó las E.S.E) las Empresas Sociales del Estado 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 los Concejos,

¹⁶ Las expresiones "en las que la nación o sus entidades posean el noventa (90%) o mas de su capital social," contenida en el artículo 1º del Decreto-ley 128 de 1976, y "en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social" y "oficiales", contenida en el artículo 102 de la Ley 489 de 1998, fueron declaradas EXEQUIBLE mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-736 de 2007.

según el caso y están sometidas al régimen jurídico previsto en dicha Ley, ii) que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 489 de 1998, éste tipo de empresas públicas se sujetan al régimen previsto en las Leyes 100 de 1993, 344 de 1996 y en la misma 489 de 1998 (en los aspectos no regulados por las primeras) y las demás normas que las modifiquen, sustituyan y adicione y iii) **que, como el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, en consonancia con el artículo 1 de esa misma normatividad, no señala expresamente que el mismo se aplica a las Empresas Sociales del Estado (de hecho, cuando se expidió dicho Decreto, las E.S.E. no existían); no hay certeza sobre si, la infracción del artículo 10 de dicho Decreto, por parte de un miembro de una Junta Directiva de una E.S.E. constituye falta disciplinaria.**

De este modo, la conducta de la demandante no puede ser sancionada, pues como ya se vio, de la simple lectura de los artículos 1 y 10 del Decreto 128 de 1976, se infiere que esa normatividad no es aplicable a las Empresas Sociales del Estado, y además, no es clara la tipicidad de la conducta en este caso concreto, pues la misma no se ajusta, en todos sus ingredientes, a la previsión normativa que, dada la naturaleza del derecho disciplinario y los principios de legalidad y tipicidad, no admite interpretación analógica.

Es importante señalar que aún cuando en este caso concreto la conducta de la demandante no puede considerarse típica en relación con la falta que se le endilgó, consistente en la vulneración del referido artículo 10 [del Decreto 128]; no debe perderse de vista que los funcionarios públicos que trabajan en las Empresas Sociales del Estado están sujetos a un régimen de inhabilidades propio y que debe ser observado y cumplido por éstos. No obstante, como no es objeto de este pronunciamiento determinar cuál es el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de las E.S.E. y tampoco si la demandante lo desconoció, la Sala se limita a precisar que, en definitiva, la accionante no es destinataria de la disposición que en este caso concreto invocó la Procuraduría para sancionarla [contenida en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976] y por ello, su conducta no puede considerarse típica en relación con esa norma.

Cabe indicar además que si bien la entidad demandada en este caso si era la competente para investigar y sancionar a la señora Cisneros Rivera y que el trámite que se adelantó estuvo sujeto a las disposiciones que lo regulan; en el sub-lite la violación al derecho al debido proceso se concretó en el momento en que la Procuraduría General de la Nación invocó una norma que no podía ser aplicable a la demandante, como fundamento para investigarla y, posteriormente sancionarla.

Adicionalmente, en materia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la jurisprudencia de ésta Corporación ha sido enfática al señalar que las causales de inhabilidad o incompatibilidad están consagradas de manera preclusiva y taxativa en la Constitución Política y en la Ley y por lo mismo, el intérprete no puede darles un alcance extensivo ni por analogía.

Así, en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, la Sala Plena del Consejo de Estado consideró, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, lo siguiente:

"Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que

integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio". (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

De este modo, a la entidad demandada no le era viable aplicar extensivamente la disposición contenida en el artículo 10 del citado Decreto 128 y con fundamento en esa disposición, sancionar a la demandante quien no era destinataria de la misma."¹⁷

De modo que interpretar de otra manera la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, estaría limitando innecesariamente el derecho fundamental de acceder al ejercicio de funciones públicas, lo que constituye razón suficiente y contundente, para que estas prohibiciones no puedan ser interpretadas extensivamente, ni aplicadas por analogía, por cuanto la excepción se transformaría en regla general, haciéndola extensiva a casos no comprendidos claramente en la prohibición, pues con ello se quebrantaría sendos principios elementales de interpretación.

En ese sentido, el Consejo de Estado también expresó que: *"Entonces, para intentar como pretende el demandante, que se extienda la prohibición a otras situaciones como sería la de provenir el nombrado en el seno de la corporación electoral, (...) habría que violentar principios elementales de interpretación que obligan a darle aplicación extensiva, larga y generosa a las normas favorables y restringida a las desfavorables u odiosas y que tienen sólido fundamento en la libertad natural del ser humano. El principio orientador de la "capacidad electoral" es aquel que tiene todo ciudadano, de elegir y ser elegido, mientras no exista norma expresa que le limite su derecho. En consecuencia las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretación restringida".¹⁸ (Subrayas Nuestras)*

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado también advirtió que *"las normas que establecen excepciones son, por su naturaleza, taxativas y, conforme a los principios generales, de interpretación restrictiva, por lo que no admite la aplicación extensiva o por analogía. De manera general frente al tema relativo a las inhabilidades se observa que el Constituyente toma tres posiciones: a) o bien guarda silencio al respecto, b) o las establece de manera directa, c) o bien defiere a la ley esa tarea y, en este último caso, lo hace en dos formas: de manera pura y simple o señalando al legislador determinadas pautas que debe respetar en la reglamentación correspondiente..."¹⁹*

CONCLUSIÓN

En consecuencia la ESE Hospital Local de Piedecuesta, de conformidad con el artículo 194 de la Ley 100/1993 y en especial con el art 1º del Decreto 1876 de 1994, se constituyó como Empresa Social del Estado de primer (I) Nivel de complejidad, creada mediante el Decreto Departamental 0018 del 25 de Enero de 2006 como una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, y regida por la Constitución Política, la ley 100 de 1993 y las demás disposiciones que le sean aplicables de acuerdo con su régimen jurídico legal especial, y las normas internas dictadas en el ejercicio de su autonomía.

Como quiera que el legislador para el caso de las Empresas Sociales del Estado no ha desarrollado taxativamente las inhabilidades e incompatibilidades propias de su régimen especial, deberán aplicarse las inhabilidades y las incompatibilidades que se predicen

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, C.P. DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00103-00(1455-09), Actor: GRETTE DE LOS DOLORES CISNEROS RIVERA.-Demandado: LA NACIÓN - PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P ROBERTO MEDINA LÓPEZ, Bogotá DC., 16 de julio de 1998, Radicación 1751.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF, Bogotá DC., 22 de mayo de 1995, Radicación 1181.

para todos los servidores públicos en general, establecidos en la Constitución, en la ley y en los estatutos internos, y de contera, no podrá aplicarse por extensión, ni a sus empleados ni a los miembros de su Junta Directiva, las inhabilidades e incompatibilidades establecidas específicamente para los servidores públicos de otros organismos o entidades.

De esta manera, podemos afirmar categóricamente que la prohibición establecida en el artículo 10 del decreto ley 128 de 1976 en el sentido de que los miembros de los consejos o juntas directivas durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúan o actuaron, tiene un campo de aplicación muy claro y delimitado en el artículo 1º de esa misma normatividad, dentro del cual no se incluyó a las Empresas Sociales del Estado.

De tal manera que la prohibición contenida en la precitada norma sólo puede hacer referencia a los miembros de las juntas o consejos directivos de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos, de modo que resulta imposible aplicar por interpretación extensiva una prohibición de carácter legal, que está plenamente relacionada con el derecho de toda persona de acceder al desempeño de cargos públicos o de relacionarse con el Estado, por lo que su aplicación tiene un carácter restrictivo, en tanto las restricciones a los derechos fundamentales, sólo es de competencia constitucional o legal y no sujeto a la mera interpretación del operador administrativo.

Finalmente, revisado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que se predica para los servidores públicos de las Empresas Sociales del Estado se tiene que no existe norma constitucional, legal o reglamentaria que impida a un ex servidor público del nivel profesional y ex miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado, dentro del año siguiente a su desvinculación, ser vinculado legal y reglamentariamente en un empleo público de la misma entidad o mediante contrato de prestación de servicios profesionales.

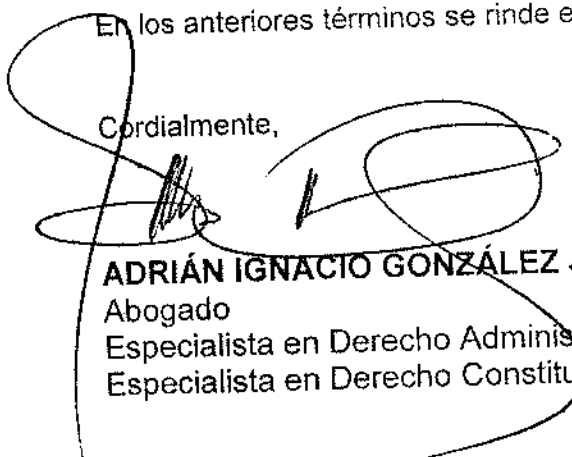
SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

De acuerdo con el estudio anterior, podemos afirmar lo siguiente:

1. NO existe inhabilidad o incompatibilidad para que un ex servidor público del nivel profesional y ex miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado, dentro del año siguiente a su desvinculación, pueda ser vinculado legal y reglamentariamente en un empleo público de la misma entidad.
2. NO existe inhabilidad o incompatibilidad para que un ex servidor público y ex miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado dentro del año siguiente a su desvinculación, pueda ser contratado en la misma entidad mediante prestación de servicios profesionales

En los anteriores términos se rinde el presente concepto.

Cordialmente,



ADRIÁN IGNACIO GONZÁLEZ JAIMES
Abogado
Especialista en Derecho Administrativo
Especialista en Derecho Constitucional