



Función Pública

Concepto 067641 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000067641

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000067641

Fecha: 25/02/2021 06:05:30 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Empleado público. Miembro de la junta directiva. Jefe de control interno. Radicado: 20212060032372 del 21 de enero de 2021

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto donde le sea resuelta la siguiente pregunta:

"Hay un funcionario que trabaja como subgerente administrativo y financiero y hace parte de la junta directiva del hospital y se presentó a un concurso para el cargo de control interno y ganó este funcionario tiene algún inconveniente o inhabilidad para posicionarse en el cargo de control interno que ganó". (Copiado del original)

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

Inicialmente, frente a la interpretación de las inhabilidades e incompatibilidades, es preciso indicar que, de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley. Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró:

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).

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo y, por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas. En consecuencia, esas restricciones únicamente se aplican si están expresamente reguladas en la Constitución o en la ley.

En este entendido, el artículo 126 de la Constitución Política consagra como prohibiciones de los servidores públicos, lo siguiente:

ARTICULO 126. Modificado por el art. 2, Acto Legislativo 02 de 2015. El nuevo texto es el siguiente: 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.

De lo anterior se considera que la prohibición para el servidor que ejerza la función nominadora, consiste en la omisión de no poder nombrar, postular, ni contratar en la entidad que dirige, a personas con las cuales tenga relación de parentesco en los grados señalados en la citada norma constitucional, es decir hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o relaciones de matrimonio o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Por otra parte, con relación a las inhabilidades e incompatibilidades previstas para los miembros de juntas directivas de las Empresa Sociales del Estado, 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. (Subraya fuera del texto)

Conforme a la norma en cita, los miembros de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado dentro de los que se encuentra el jefe de la administración departamental, distrital o municipal o su delegado quien la presidirá. Ellos no podrán vincularse como representante legal, o como miembros de los organismos directivos, directores, socios, o administradores de entidades del sector salud. A excepción de los 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. La anterior inhabilidad regirá hasta por un año después de la dejación del cargo. De igual forma, los miembros de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado no podrán 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.

De igual manera, la Ley 87 de 1993, «Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones», establece:

ARTÍCULO 12. FUNCIONES DE LOS AUDITORES INTERNOS. Serán funciones del asesor, coordinador, auditor interno, o similar, las siguientes:

(...)

PARÁGRAFO. En ningún caso, podrá el asesor, coordinador, auditor interno o quien haga sus veces, participar en los procedimientos administrativos de la entidad a través de autorizaciones o refrendaciones.

La norma pretende evitar que los jefes de control interno participen en los procedimientos administrativos mediante autorizaciones y refrendaciones. Por tal razón, tienen la posibilidad de conocer con mayor libertad e independencia la gestión de la organización para hacer las recomendaciones de mejoramiento pertinentes.

II. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos damos respuesta a su interrogante:

Para el subgerente administrativo y financiero, miembro de junta directiva de una E.S.E, no se configura inhabilidad para ser nombrado como jefe de control interno de la misma entidad, lo anterior, toda vez que no se encontró norma que taxativamente prohíba dicha situación en particular. Cabe subrayar que, con el objeto de mantener su independencia y objetividad, se recomienda que aquellas situaciones conocidas en virtud del cargo anterior, sean observadas por otro servidor de la oficina de control interno.

III. NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el covid-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:36:15