



Función Pública

Concepto 139791 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000139791

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000139791

Fecha: 06/04/2022 06:20:12 p.m.

Bogotá D.C.

REF: CONTROL INTERNO DE GESTIÓN. Jefe de Control Interno. No puede participar en procesos administrativos. Elección de empleado del área asistencial en una ESE. Vacío normativo. RAD. 20229000128192 del 18 de marzo de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual informa que es bacterióloga del hospital Eduardo Arredondo Daza, y participa para la elección de miembro de junta directiva por empleados del área asistencial. Con base en la información precedente, consulta si la funcionaria que hoy es líder de oficina de control interno puede votar en estas elecciones porque ya lo hizo, y además en los resultados que arrojaron dichas votaciones se encuentra en un empate con otro compañero. En la resolución de convocatoria no se especificó que hacer frente a un empate y el decreto 2393 de 2011 tampoco lo especifica. ¿Debe remitirse al artículo 183 del código electoral?

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

La Constitución Política en su artículo 209, determinó:

ARTÍCULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.” (Subrayado nuestro)

De conformidad con la disposición constitucional, la Administración Pública, en todos sus órdenes deberá implementar su sistema de control interno, en los términos que señala la ley, y están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, los métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley.

Por su parte, la Ley 87 del 29 de noviembre 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 1.- Definición del control interno. Se entiende por control interno el sistema integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos.

(...)

ARTÍCULO 6.-Responsabilidad del control interno. El establecimiento y desarrollo del Sistema de Control Interno en los organismos y entidades públicas, será responsabilidad del representante legal o máximo directivo correspondiente. No obstante, la aplicación de los métodos y procedimientos al igual que la calidad, eficiencia y eficacia del control interno, también será de responsabilidad de los jefes de cada una de las distintas dependencias de las entidades y organismos.

(...)

ARTÍCULO 10.-Jefe de la unidad u oficina de coordinación del Control Interno. Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control Interno, las entidades estatales designarán como asesor, coordinador, auditor interno o cargo similar, a un funcionario público que será adscrito al nivel jerárquico superior y designado en los términos de la presente Ley.

(...)

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 y refrendaciones."

De conformidad con las anteriores disposiciones, la Oficina de Control Interno es entendida como uno de los elementos que componen el Sistema de Control Interno, del nivel gerencial, que se encarga de cumplir las funciones que allí se le señalan. Adicionalmente, al Jefe de Control Interno, asesor, coordinador o auditor, le está prohibido participar en procedimientos administrativos de la entidad. En tal virtud, esta Dirección Jurídica considera que no es procedente que el responsable del Control Interno de esa entidad de salud, participe en las elecciones de un miembro de la Junta Directiva, máxime considerando que se trata de la integración del máximo cuerpo directivo de la misma.

Ahora bien, efectivamente, la Ley no ofreció una solución respecto al empate en las elecciones del empleado del área asistencial para ser elegido para integrar la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado. Quiere esto decir que nos encontramos frente a un vacío legal. Sobre el particular, la Ley 153 de 1887, determina lo siguiente:

"ARTÍCULO 8. Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho."

Sobre la posible aplicación de la analogía en caso de vacíos en las normas propias del sector administrativo, el Consejo de Estado,

"Pues bien, la aplicación analógica de la ley se encuentra prevista en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 de la siguiente manera:

ARTÍCULO 8º. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".

Esta disposición, que forma parte de un conjunto de reglas generales orientadas a solucionar vacíos legislativos, incongruencia en las leyes, oposición entre ley anterior y ley posterior y la forma de hacer el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo (artículo 1 de la Ley 153 de 1887), fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-083 de 1995, en la cual se indicó que la analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, "pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma."

La analogía supone entonces (i) un asunto o conflicto que debe resolverse; (ii) la inexistencia de una ley exactamente aplicable a ese asunto; y (iii) una ley que regula casos o materias semejantes (no iguales) que comparten la misma razón jurídica y, por tanto, admiten la misma solución en derecho³⁴. Si se dan estas condiciones, se permite aplicar la ley análoga o semejante:

"7.2.7 De esta manera, en el proceso de integración normativa, la analogía surge como un mecanismo de expansión del derecho frente a aquellos casos en los que no existe regulación alguna. En otras palabras, la analogía implica atribuir al caso no regulado legalmente, las mismas consecuencias jurídicas del caso regulado similarmente. Sin embargo, para que dicho razonamiento sea válido jurídicamente, se requiere que entre los casos exista una semejanza relevante, que además de ser un elemento o factor común a los dos supuestos, corresponda a una razón

suficiente para que al caso regulado normativamente se le haya atribuido esa consecuencia específica y no otra.”³⁵

Ahora bien, pese a que no existe una prohibición para aplicar las reglas de interpretación normativa de la Ley 153 de 1887 en el ámbito del derecho público -de hecho su uso es frecuente-, no pueden pasarse por alto los límites que se presentan en el caso particular de la analogía, debido a la sujeción de las autoridades administrativas al principio de legalidad (artículos 4, 121 y 122 C.P.). Particularmente, la primera y más importante limitación tiene que ver, como ha advertido el Consejo de Estado, con la imposibilidad de asignar competencias a una autoridad pública por analogía:

“El imperio del derecho frente a la arbitrariedad en el ejercicio del poder, constituye una de las más importantes garantías de las libertades ciudadanas, pues permite la vigilancia y el control de los actos y de los agentes del poder, el reclamo por el cumplimiento de los objetivos y finalidades estatales, el ejercicio de las acciones en interés general o particular, la realización de la justicia y el mantenimiento de la seguridad jurídica como fines últimos del derecho.

Este principio permite deducir que, en un Estado de derecho, como el nuestro, no existen poderes implícitos ni competencias deducibles por analogía, circunstancias que desvirtúan su esencia; que el ejercicio de las potestades públicas conferido por el ordenamiento jurídico a determinada autoridad es indelegable e intransferible, salvo norma que lo autorice expresamente; y, finalmente, que las potestades públicas no son negociables ni transigibles, por cuanto constituyen manifestación directa de la naturaleza soberana del Estado.”³⁶

También por virtud del principio de legalidad y de las garantías al debido proceso, la jurisprudencia ha considerado que la analogía tiene restricciones en materia tributaria³⁷, sancionatoria³⁸, de inhabilidades e incompatibilidades³⁹ y, en general cuando se utiliza para extender el ámbito de aplicación de normas exceptivas⁴⁰ o prohibitivas⁴¹.

Por lo demás, si la analogía se aplica dentro del marco del principio de legalidad y con respeto del debido proceso y los derechos fundamentales de los ciudadanos, es una herramienta válida para solucionar también problemas jurídicos en el ámbito del derecho administrativo. Debe recordarse, como se señaló en la Sentencia C-083 de 1995, que en la analogía no hay apartamiento o separación de la ley sino precisamente lo contrario, es decir, reafirmación de que una determinada situación será regida por una norma legal que regula una hipótesis que en esencia responde a la misma razón jurídica de aquella que se debe atender. Así, en el razonamiento por analogía el operador jurídico, que en el caso analizado serían las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales, “no hace, pues, otra cosa que decidir que en una determinada situación, es el caso de aplicar la ley”⁴² “

De acuerdo con el pronunciamiento, es viable acudir a la analogía en casos que existan vacíos en el ámbito del derecho administrativo. Se permite entonces aplicar la ley análoga o semejante cuando:

Exista un asunto o conflicto que debe resolverse;

No existe una ley exactamente aplicable a ese asunto;

Existe una ley que regula casos o materias semejantes (no iguales) que comparten la misma razón jurídica y, por tanto, admiten la misma solución en derecho.

Ahora bien, la ley que se pretende aplicar por analogía es el artículo 183 del Código Electoral, que sobre los escrutinios generales, señala:

“Artículo 183. Si el número de votos a favor de dos (2) o más candidatos o listas fuere igual, la elección se decidirá a la suerte, para lo cual, colocadas en una urna las papeletas con los nombres de los candidatos o de quienes encabezan las listas que hubiesen obtenido Igual número de votos, un ciudadano designado por la corporación escrutadora extraerá de la urna una de las papeletas. El nombre que ésta contuviere será el del candidato o lista a cuyo favor se declara la elección.”

Como se aprecia, no se trata temas relacionados con materia tributaria, sancionatoria, de inhabilidades e incompatibilidades o normas exceptivas o prohibitivas, que son los temas restringidos para el uso de la analogía.

Por lo tanto, tratándose de materias semejantes, en la medida que resuelve una situación de votación con igual número de votos para una elección y que pueden resolverse de manera también similar, esta Dirección considera que es viable utilizar por analogía el artículo 183 del Código Electoral para resolver la situación de empate en las elecciones del empleado del área asistencial para integrar la Junta Directiva de una ESE.

De requerir mayor información en relación con la conformación de la junta directiva de una ESE se sugiere elevar su escrito al Ministerio de

Salud, entidad facultada para pronunciarse frente al tema.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": [/eva/es/gestor-normativo](#), donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:57:48