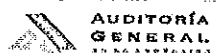


C.I. 110-050-2011

Rafael

FECHA DE ENTREGA
HASTA: 03 OCTUBRE 2011



Rad No 2011-233-006799-2
Us Rad. JNRIVERA
Fecha 12/09/2011 13:19:48
Asunto : SOLICITUD DE CONCEPTO
Destino : / Rem CIU FAIVER AUGUSTO SEGURA CO
www.orfeogpl.org - Sistema de Gestión

Neiva; Septiembre 07 de 2011.

Doctor:
JAIME ARDILA BARRERA.
Auditor General de La República.

Referencia: solicitud de concepto.

Respetado Señor Auditor;

Comedidamente solicito a Usted, ordenar a quien corresponda conceptuar respecto al siguiente asunto:

Actualmente me encuentro vinculado a la Empresa Social del Estado carmen Emilia Ospina de primer nivel de atención en la ciudad de Neiva en calidad de empleado de libre nombramiento y remoción como Profesional Universitario del área de la salud; teniendo en cuenta lo establecido en el decreto 1876 de 1994 por medio del cual se reglamentan las Empresas Sociales del Estado que al referirse a su naturaleza jurídica en su artículo primero dice: **"ARTICULO 1o. NATURALEZA JURIDICA.** Las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por Ley, o por las asambleas o concejos." A la luz de la anterior argumentación respetuosamente solicito concepto respecto a si existe alguna inhabilidad relacionada con mi calidad de servidor publico para aspirar al cargo de Contralor Municipal de Neiva o a Contralor Departamental del Huila.

Agradezco su oportuna respuesta a la dirección de mi residencia ubicada en la Calle 8 No. 52 - 45 casa 43, conjunto residencial Caminos de Oriente en la ciudad de Neiva.

Atentamente;

FAIVER AUGUSTO SEGURA COHOA. MD.

Recibido
13/9/11
4:11 PM
OCT 2011

Copia

2



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20111100069691

Fecha: 11-10-2011

Bogotá,
110 - 050 - 2011

11 OCT. 2011 4057576869-CO.
11 OCT. 2011

**FAVOR DEVOLVER
COPIA FIRMADA**

Doctor
FÁIVER AUGUSTO SEGURA OCHOA
Calle 8 No. 52-54, casa 43, Caminos de Oriente
Neiva, Huila

Referencia: **Consulta sobre posible configuración de causal de inhabilidad para aspirar al cargo de Contralor municipal o departamental.**

Respetado doctor Segura:

En atención a su petición de la referencia, procedemos a dar respuesta en los siguientes términos:

1) Síntesis de la consulta.-

Mediante escrito dirigido a este despacho usted, tras informar que actualmente se desempeña como funcionario público al servicio de la Empresa Social del Estado Carmen Emilia Ospina de Neiva, solicita que se emita concepto respecto de "si existe alguna inhabilidad relacionada con mi calidad de servidor público para aspirar al cargo de Contralor Municipal de Neiva o a Contralor Departamental del Huila".

2) Consideraciones preliminares.-

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, nos permitimos indicar que en virtud de las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, este órgano de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas. Por tal razón, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares,

[Handwritten signature]
11-10-11
11:55 a.m.

individuales o concretas que eventualmente puedan llegar a ser objeto de nuestra vigilancia, lo que nos obliga a emitir pronunciamientos de carácter general y abstracto, coherente con el ejercicio del control fiscal posterior y selectivo ordenado por la Constitución Política de Colombia.

3) Consideraciones de la Oficina Jurídica.-

Al referirse a las inhabilidades, la Corte Constitucional dice que éstas son:

*"Aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público, y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio, y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos."*¹

Como se ve, a diferencia de las incompatibilidades, cuyo carácter definitorio es su contemporaneidad con el ejercicio de una función pública, las inhabilidades constituyen situaciones de hecho *previas* a la elección, las cuales impiden a un ciudadano postularse válidamente para ser elegido a un cargo o corporación. En este orden de ideas deberán estar consagradas de manera taxativa y clara en la Ley.

A través de concepto radicado bajo el NUR 2008-110-001508-1, este despacho se pronunció sobre este asunto:

"Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. Dado su carácter prohibitivo, las normas que consagran los eventos de inhabilidad deben interpretarse y aplicarse de manera restrictiva. Por tanto, dado el carácter prohibitivo de las inhabilidades éstas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en ley o en la Constitución Política."

A lo citado agregamos que, siendo la inhabilidad una excepción al derecho constitucional fundamental a elegir y ser elegido, es necesario que cuando quiera que se pretenda valorar una posible situación en la que ésta se presente, bajo ninguna

¹ Corte Constitucional, Sentencia C- 546 del 25 de noviembre de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz.



circunstancia resulten admisibles extensiones analógicas a situaciones que la ley no haya contemplado.

De este modo toda valoración de posible situación de inhabilidad consultará el cumplimiento por el aspirante de los requisitos que la Constitución, la ley o el reglamento hayan previsto para el cargo público, y de manera simultánea, que aquel no transgreda las restricciones o prohibiciones establecidas por el constituyente o por el legislador para acceder al cargo.

Así las cosas, para dilucidar el asunto materia de consulta lo primero que debemos tener presente es el artículo 272 de la Constitución Política. Éste prefigura tanto requisitos (inciso 7°), como prohibiciones (incisos 5°, 8° y 9°) para todo ciudadano que aspire a ocupar la dignidad de contralor departamental, distrital o municipal.

Su octavo inciso trae la siguiente restricción:

“No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia.” (Resaltado fuera del texto).

Prohibición con la que se persigue el objetivo de lograr la moralización de la función pública, así como la idoneidad, probidad e imparcialidad de quien va a desempeñar la máxima dignidad del control fiscal de la entidad territorial.

La citada inhabilidad es reproducida por la Ley 330 de 1996, en su artículo 6°:

“No podrá ser elegido Contralor quien: ... c) Durante el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia.”

Y para el orden municipal es desarrollada por la Ley 136 de 1994. Ésta, en el literal e) de su artículo 163 señalaba que no podría ser elegido contralor quien durante el último año hubiera ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia. Este artículo fue subrogado por el 9° de la Ley 177 de 1994, norma que solo dejó vigente los tres primeros literales del artículo 163.

De este modo, las inhabilidades legales vigentes para ejercer el cargo de contralor municipal son:

- a) Haber sido Contralor o Auditor de la Contraloría Municipal en todo o parte del período inmediatamente anterior, como titular o como encargado;
- b) Haber sido miembro de los tribunales que hagan la postulación dentro de los tres años anteriores;
- c) Estar incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 , en lo que sea aplicable.

Las inhabilidades que el artículo 95 señala para quien aspire a ser elegido alcalde, las cuales, "en lo que sea aplicable" se contemplan para la elección de contralores municipales, son:

1. Haber sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haber perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la ley 136 de 1994, la de diputado o concejal; o haber sido excluido del ejercicio de una profesión; o encontrarse en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.
2. Haber ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o como empleado público del orden nacional, departamental o municipal haber intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.
3. Dentro del año anterior a la elección haber intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. Así mismo, dentro del año anterior a la elección haber sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.
4. Tener vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

5. Haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un periodo de doce (12) meses antes de la fecha de la elección.

Ahora bien, el citado artículo 272 de la CP en su penúltimo inciso señala una inhabilidad general, que para el Consejo de Estado—argumentando el carácter de cerrado de la norma constitucional—, impide la creación de nuevas causales de inhabilidad por la ley, con la consecuencia de que, según el alto tribunal de lo contencioso, el artículo 163 de la Ley 136 de 1994 es violatorio del artículo 272 de nuestra Carta Magna².

Contrariamente, para esta Oficina la consagración de inhabilidades para quienes aspiren a ser elegidos contralores municipales no se restringe a la Constitución sino que puede ser objeto de regulación legal, tal como lo expresó la Corte Constitucional al resolver acción pública de inexecutable presentada por Ramiro Rodríguez López:

“El Constituyente con la consagración expresa de dos inhabilidades precisas para los contralores municipales sólo trata de asegurar un mínimo régimen de inhabilidades para tales funcionarios, sin excluir la posible ampliación de tal régimen a través del desarrollo legal. Dentro de la facultad que tiene el legislador para regular el ejercicio de la función pública se encuentra la posibilidad de establecer un régimen legal y general de inhabilidades de un grupo determinado de servidores públicos, y tal facultad es la que se desarrolla en el artículo demandado. Es admisible constitucionalmente que el legislador prevea para el contralor municipal inhabilidades adicionales a las establecidas. La norma constitucional al indicar que la ley establecerá las demás calidades requeridas para ser elegido contralor municipal no se refería únicamente a las positivas, sino también a las negativas, pues no distinguió entre ellas y dentro de las calidades o requisitos negativos se encuentran a las inhabilidades”

(...) La norma constitucional al indicar que la ley establecerá las demás calidades requeridas para ser elegido contralor municipal no se refería únicamente a las positivas, sino también a las negativas, pues no distinguió entre ellas y dentro de las calidades o requisitos negativos se encuentran las inhabilidades.”³

Se reconoce así que el legislador, en legítimo ejercicio de las facultades que la Constitución le ha otorgado (artículo 150-23), está facultado para regular el ejercicio de la función pública, pudiendo prescribir las circunstancias que impiden

² Consejo de Estado, sección quinta, sentencia de 15 de septiembre de 1995, expediente 1387. CP Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-367 de 1996. MP Julio Cesar Ortiz Gutiérrez.

que una persona sea elegida o designada para un cargo público, "salvo expresa limitación constitucional y respetando el régimen constitucional en su integridad"⁴, respeto que implica la aplicación de los criterios de razonabilidad y objetividad, por lo cual al legislador no le está permitido imponer restricciones que vulneren el principio de igualdad o restrinjan innecesaria e injustificadamente el acceso al cargo.

En virtud de lo expuesto, las regulaciones restrictivas contenidas en las leyes 136 de 1994 y 330 de 1996 no violan sino que complementan la inhabilidad general que trae el artículo 272 superior. En su conjunto todas deben consultar los requisitos, exigencias y condiciones para acceder al cargo de contralor municipal, distrital o departamental.

Según el artículo 123 de la Constitución Política, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

A su vez, el Decreto 1876 de 1994 por el cual se reglamentan los artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado, en sus artículos 1º y 2º señala la naturaleza jurídica de estas empresas, disponiendo:

"Artículo 1º. Naturaleza Jurídica. Las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública, descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas o reorganizadas por ley o por las Asambleas o Concejos."

Por su parte la Ley 489 de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, reitera la naturaleza jurídica de tales entidades, y, en los artículos 38 y 83, dispone que integran en el marco de la estructura y organización de la Administración Pública el sector descentralizado de la Rama Ejecutiva, pudiendo ser del orden nacional o del territorial y creadas para el efecto de prestar directamente servicios de salud.

En lo que se refiere al servicio público de salud, el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, establece que las ESE's constituyen una categoría especial de entidades públicas descentralizadas, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa; creadas por la Ley, las asambleas o los concejos.

⁴ *Ibídem.*

Previsión que refuerza el artículo 26 de la Ley 1122 de 2007, al señalar que la prestación de servicios por parte de las instituciones públicas sólo se hará a través de Empresas Sociales del Estado.

Siendo las Empresas Sociales del Estado entidades que, como se ha visto, integran el sector descentralizado de la Rama Ejecutiva, bien en el orden nacional o en el territorial —municipal, distrital o departamental—, descentralización que para el caso sometido a consulta consiste en prestar el servicio público de salud a nivel municipal, distrital o departamental, en virtud del citado artículo 123 de la Constitución Política se puede predicar que toda persona natural que a ellas preste sus servicios personales remunerados bajo continuada dependencia o subordinación, es un servidor público, sin que esta calidad se limite únicamente a quienes estén en situación estatutaria o legal y reglamentaria.

4. Conclusiones.-

Aclarada la vigencia y aplicabilidad de las inhabilidades consagradas por la Constitución y las leyes, se considera que toda persona, sea o no servidor público, debe estarse a los requisitos y abstenciones exigidos constitucional y legalmente a quienes aspiren a ocupar el cargo de contralor municipal o departamental, sin perjuicio de que para cada caso particular deba hacerse una operación racional para discurrir sobre la aplicabilidad de las circunstancias particulares.

Es así que el haberse desempeñado como servidor público tendría la potencialidad para configurar causal de inhabilidad para el ejercicio del cargo de Contralor en la entidad territorial del orden respectivo sobre la cual deba focalizarse la función fiscal.

En los anteriores términos damos respuesta a su consulta, recordando que el presente concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, por lo tanto no tiene carácter obligatorio ni fuerza vinculante.

Cordialmente,



LUZ ADRIANA VIVAS GARCÍA
Directora Oficina Jurídica

CC. Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal

Proyectó: Ravp