



Función Pública

Concepto 389721 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000389721

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000389721

Fecha: 13/12/2019 04:20:53 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Secretario de Hacienda nombrado como Jefe de la Oficina de Control Interno. RADICACION: 2019-206-037766-2 del 15 de noviembre de 2019.

Con el fin de atender la presente consulta, trasladada a este Departamento por la Procuraduría General de la Nación, en relación con la posesión como jefe de control interno a partir del 1 de octubre, de quien se desempeñará como Secretario de Gobierno hasta el 30 de septiembre del mismo año, lo que indicaría que la misma persona no desempeñó los dos empleos de manera simultánea, me permito indicar lo siguiente:

En primer lugar, será necesario estudiar el régimen de inhabilidades y su carácter taxativo en el ordenamiento jurídico, así como la designación de los responsables del Control Interno en los términos de la Ley 1474 de 2011, "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública".

Es preciso indicar que esta Dirección Jurídica atendiendo los pronunciamientos de la Corte Constitucional¹, ha sido consistente al manifestar 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, 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.

Al respecto la Sala Plena del Consejo de Estado², en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, 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". (Negritas y subrayas fuera de texto).

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, son taxativas, al estar expresamente consagradas en la Constitución y en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

Ahora bien, la Ley 1474 de 2011 *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”*, en su artículo 3, mediante el cual se modifica el texto del numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 3°. Prohibición para que ex servidores públicos gestionen intereses privados. El numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 quedará así:

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 sujetos claramente determinados.”

Igualmente, la norma citada prevé en su artículo 4, modificadorio del literal f numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, la imposibilidad para los ex funcionarios del nivel directivo, de celebrar contratos estatales con la respectiva entidad, en los términos que se transcriben a continuación:

ARTÍCULO 4°. Inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el estado. Adicionase un literal f) al numeral 2 del artículo 8o de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.

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

“Para la Corte, la proposición normativa contenida en la disposición acusada establece lo siguiente: los ex servidores públicos, no podrán, (i) por el término de dos años después de la dejación del cargo, (ii) en asuntos relacionados con el ejercicio de cargo, prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación (...), con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios (P1); ni tampoco prestar 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: (P2)

(...)

Para la Corte ninguna de las hipótesis restrictivas miradas desde el punto de vista del plazo de dos años de duración de las prohibiciones, incompatibilidades e inhabilidades de los servidores públicos que han dejado el cargo, resultan manifiestamente desproporcionadas o irrazonables, pues no solo no implican una negación del derecho, toda vez que la restricción no se establece como permanente, vale decir que no afecta el núcleo esencial de los derechos en juego, sino que no limitan la posibilidad de acceso a otros escenarios laborales por fuera de la disposición.

En relación con el punto concreto del examen necesidad de la medida, vale decir si es un mecanismo útil y que contribuye claramente al fin constitucional perseguido (bien jurídico), la Corte admite que la medida es debatible, dado que, como lo plantea el demandante y algunos intervinientes, existen en el ordenamiento jurídico otras disposiciones que lograrían la misma finalidad, sin afectar el derecho fundamental al trabajo y a la libertad -de escoger profesión, arte u oficio.

Lo que la Corte debe hacer en este caso, dado el grado de libertad que se reconoce al legislador en esta materia es un control de excesos y, desde esa perspectiva, lo que encuentra es que la medida sub-examine no es manifiestamente innecesaria.

En efecto:

El servidor público al dejar su cargo, en los casos puntualmente examinados, aunque tiene limitados unos escenarios concretos y definidos para desarrollar sus actividades laborales y sus competencias profesionales o técnicas, de ello no se deriva que por fuera de ellos no pueda desempeñar actividades compatibles con su experiencia, trayectoria e intereses. Esa medida constitucionalmente legítima escogida por el legislador en el marco de una política estatal en favor de la moralidad administrativa, no cercena el ejercicio de los derechos de los ex servidores públicos, sino que comporta una restricción tolerable y de menor impacto frente al valor y significado del fin perseguido.

(...)

Por lo demás el plazo de dos años sigue siendo razonable y proporcionado si se toma en cuenta que la finalidad perseguida es precisamente la de evitar o minimizar los canales de influencia del ex servidor con las entidades a las que estuvieron vinculados o, de otra parte, los vínculos con los sujetos o empresas que fueron objeto de manera concreta del control, vigilancia, inspección o regulación durante el ejercicio de sus responsabilidades públicas.

Sin embargo, precisa la Corte que el ámbito material de las dos prohibiciones consagradas en el inciso 1o. del artículo 3 de la Ley 1474 de 2011, se entiende a ex servidores públicos para gestionar intereses privados durante dos años después de la dejación del cargo en dos supuestos: (i) asesorar, representar o asistir, a título personal o por interpuesta persona, respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, en asuntos relacionados con funciones propias del cargo, y (ii) la prestación de iguales servicios a aquellas personas jurídicas o naturales sujetas a la inspección, vigilancia, control o regulación del organismo, entidad o corporación con el que hubiera estado vinculado.

(...)

De tal manera que las prohibiciones previstas en la norma acusada se aplican única y exclusivamente respecto de asuntos que tengan relación con las funciones propias del cargo que desempeñaron y con respecto a la entidad, organismo o corporación a la que prestaron sus servicios. Lo cual significa que los ex servidores públicos en uno y otro caso sí podrían, asistir, representar o asesorar con respecto de las entidades para las cuales prestaron sus servicios o a quienes estuvieron sujetos (personas naturales o jurídicas) a su inspección, vigilancia, control o regulación, en asuntos distintos a aquellos que se relacionen con las específicas y concretas competencias que desempeñaron durante el tiempo de su vinculación a la entidad respectiva y con respecto a la misma.”

Al referirse la norma a la prohibición indefinida en el tiempo de prestar a título particular unos servicios de asistencia, representación o asesoría respecto de los asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones, puede considerarse que la prohibición de realizar estas actividades se enmarca en el ejercicio privado de una profesión, actividad o función, que por su naturaleza o alcance puedan generar afectación a la función pública.

En ese sentido, esta prohibición pretende evitar que terceros puedan beneficiarse de la información especial y del conocimiento que en razón de sus funciones tiene el servidor público y que la función pública sea utilizada de manera ilegal en provecho de intereses particulares o con exclusiones indebidas, o con favoritismos que reflejen privilegios no autorizados por la ley, o con ventajas obtenidas a merced del uso de información a la que se tuvo acceso por razón de la calidad de servidor público, atentando de esta forma contra la ética y la probidad que deben caracterizar a los funcionarios públicos.

Por consiguiente, la prohibición solamente aplicaría para que el ex servidor preste, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, 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.

En consecuencia, se considera que dicha restricción no aplicaría para una nueva vinculación laboral como Jefe de la Oficina de Control Interno, regido mediante una relación legal y reglamentaria, toda vez que como empleado público, no se está ante un ejercicio privado de una profesión, actividad o función, sino ante el desempeño de una función pública.

Adicionalmente, se aclara que los jefes de Control Interno de las entidades territoriales, conforme al artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, son de periodo fijo por cuatro años y designados por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial:

“ARTÍCULO 8o. Designación de responsable del control interno. Modifíquese el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:

(...)

“Cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador”.

En ese sentido, es procedente indicar que una vez revisadas las normas que determinan las inhabilidades de los empleados públicos, principalmente los contenidos en los artículos 126, 127, 128 y 129 de la Constitución Política, no se evidencia inhabilidad alguna para que un Secretario de Gobierno sea nombrado Jefe de la Oficina de Control Interno.

De acuerdo con lo expuesto y teniendo en cuenta lo preceptuado por la Corte Constitucional, en cuanto a que las inhabilidades deben estar consagradas en forma expresa y clara en las normas que rigen la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva, se considera que no existe inhabilidad o impedimento para que un Secretario de Hacienda sea nombrado Jefe de Control Interno.

Así las cosas, un Secretario de Gobierno no se encuentra inmerso en alguna causal de inhabilidad por vincularse como Jefe de Control Interno, por cuanto la restricción no aplica para una nueva vinculación laboral legal y reglamentaria, toda vez que como empleado público no está ejerciendo un actividad o función privada en interés propio, sino desempeñando una función pública.

en relación con el cumplimiento de requisitos para desempeñar el empleo de jefe de control interno, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

El Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, establece:

“ARTÍCULO 2.2.2.3.7 Experiencia. Se entiende por experiencia los conocimientos, las habilidades y las destrezas adquiridas o desarrolladas mediante el ejercicio de una profesión, arte u oficio.

Para los efectos del presente decreto, la experiencia se clasifica en profesional, relacionada, laboral y docente.

Experiencia Profesional. Es la adquirida a partir de la terminación y aprobación del pénsum académico de la respectiva formación profesional, en el ejercicio de las actividades propias de la profesión o disciplina académica exigida para el desempeño del empleo.

En el caso de las disciplinas académicas o profesiones relacionadas con el Sistema de Seguridad Social en Salud, la experiencia profesional se computará a partir de la inscripción o registro profesional.

La experiencia adquirida con posterioridad a la terminación de estudios en las modalidades de formación técnica profesional o tecnológica, no se considerará experiencia profesional.

Experiencia Relacionada. Es la adquirida en el ejercicio de empleos o actividades que tengan funciones similares a las del cargo a proveer.

Experiencia Laboral. Es la adquirida con el ejercicio de cualquier empleo, ocupación, arte u oficio.

Experiencia Docente. Es la adquirida en el ejercicio de las actividades de divulgación del conocimiento obtenida en instituciones educativas debidamente reconocidas.

Cuando para desempeñar empleos pertenecientes a los niveles Directivo, Asesor y Profesional se exija experiencia, ésta será profesional o docente, según el caso y, determinar además cuando se requiera, si debe ser relacionada.

En el evento de empleos comprendidos en el nivel Profesional y niveles superiores a éste, la experiencia docente deberá acreditarse en instituciones de educación superior y con posterioridad a la obtención del correspondiente título profesional.

(...)”.

“ARTÍCULO 2.2.2.3.8. Certificación de la experiencia. La experiencia se acreditará mediante la presentación de constancias expedidas por la autoridad competente de las respectivas instituciones oficiales o privadas.

Cuando el interesado haya ejercido su profesión o actividad en forma independiente, la experiencia se acreditará mediante declaración del mismo.

Las certificaciones o declaraciones de experiencia deberán contener como mínimo, la siguiente información:

1. Nombre o razón social de la entidad o empresa.

2. Tiempo de servicio.

3. Relación de funciones desempeñadas.

Cuando la persona aspire a ocupar un cargo público y en ejercicio de su profesión haya prestado sus servicios en el mismo período a una o varias instituciones, el tiempo de experiencia se contabilizará por una sola vez.

Cuando las certificaciones indiquen una jornada laboral inferior a ocho (8) horas diarias, el tiempo de experiencia se establecerá sumando las horas trabajadas y dividiendo el resultado por ocho (8)".

En consonancia con lo anterior, el Decreto Ley 785 del 2005, por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regula por las disposiciones de la Ley 909 de 2004, consagra:

"ARTÍCULO 11. Experiencia. Se entiende por experiencia los conocimientos, las habilidades y las destrezas adquiridas o desarrolladas mediante el ejercicio de una profesión, arte u oficio.

Para los efectos del presente decreto, la experiencia se clasifica en profesional, relacionada, laboral y docente.

Experiencia Profesional. Es la adquirida a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que conforma el pensum académico de la respectiva formación profesional, tecnológica o técnica profesional, en el ejercicio de las actividades propias de la profesión o disciplina exigida para el desempeño del empleo.

Experiencia Relacionada. Es la adquirida en el ejercicio de empleos que tengan funciones similares a las del cargo a proveer o en una determinada área de trabajo o área de la profesión, ocupación, arte u oficio

(...)" (Subrayado fuera del texto)

Así mismo, el Decreto Ley 019 del 10 de enero de 2012, por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública, establece:

"ARTICULO 229. EXPERIENCIA PROFESIONAL. Para el ejercicio de las diferentes profesiones acreditadas por el Ministerio de Educación Nacional, la experiencia profesional se computará a partir de la terminación y aprobación del pensum académico de educación superior.

Se exceptúan de esta condición las profesiones relacionadas con el sistema de seguridad social en salud en las cuales la experiencia profesional se computará a partir de la inscripción o registro profesional".

Conforme a la normativa anterior, la experiencia profesional relacionada es la adquirida a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que conforman el pensum académico de la respectiva formación universitaria, siempre y cuando se acredite la terminación y aprobación de las materias por parte de la Universidad y tal experiencia se adquiere a partir de empleos que tengan funciones similares a las del cargo a proveer o en una determinada área de trabajo o área de la profesión, ocupación, arte u oficio; esto significa que este tipo de experiencia puede adquirirse, de una parte, por el desempeño de empleos similares, y de otra, por el desempeño en determinada área de trabajo o de la profesión, ocupación, arte u oficio.

La valoración de la experiencia requerida en el párrafo 1º del artículo 8º de la ley 1474 de 2011³, para desempeñar el cargo de jefe de control interno, este Departamento Administrativo expidió la Circular No. 100-02 de agosto 5 de 2011, en la cual se señala que entre otros, se puede entender como asuntos de control interno los siguientes:

Aquellos relacionados con la medición y evaluación permanente de la eficiencia, eficacia y economía de los controles al interior de los Sistemas de Control Interno.

Asesoría en la continuidad del proceso administrativo, la revaluación de planes e introducción de correctivos necesarios para el cumplimiento de las metas u objetivos previstos.

Actividades de auditoría.

Actividades relacionadas con el fomento de la cultura del control.

Evaluación del proceso de planeación, en toda su extensión; lo cual implica, entre otras cosas y con base en los resultados obtenidos en la aplicación de los indicadores definidos, un análisis objetivo de aquellas variables y/o factores que se consideren influyentes en los resultados logrados o en el desvío de avances.

Formulación, evaluación e implementación de políticas de control interno.

Evaluación de los procesos misionales y de apoyo adoptados y utilizados por la entidad, con el fin de determinar su coherencia con los objetivos y resultados comunes inherentes a la misión institucional.

Asesoría y acompañamiento a las dependencias en la definición y establecimiento de mecanismos de control en los procesos y procedimientos, para garantizar la adecuada protección de los recursos, la eficacia y la eficiencia en las actividades, la oportunidad y la confiabilidad de la información y sus registros y el cumplimiento de funciones y objetivos institucionales.

Valoración de riesgos.

En criterio de esta Dirección, cada entidad, al efectuar la designación del asesor, coordinador o auditor de control interno deberá verificar que cumpla con los requisitos de estudio y experiencia, conforme lo señalado en el artículo 9 de la Ley 87 de 1993, frente al rol que le corresponde desempeñar a las oficinas de control interno, o quien haga sus veces dentro de las organizaciones públicas, las cuales se enmarcan en valorar riesgos, acompañar y asesorar, realizar evaluación y seguimiento, fomentar la cultura de control, y relación con entes externos.

De conformidad con lo anterior, a partir de la vigencia de la Ley 1474 de 2011 para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno se deberá acreditar formación profesional, sin que la norma haga distinción en alguna disciplina en particular y que se cuente con una experiencia mínima de tres (3) años en asuntos del control interno, independientemente del sector en el cual se haya desempeñado (público o privado)

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que de conformidad con lo señalado en el artículo 2.2.5.1.5 del decreto 1083 de 2015 será competencia del jefe de recursos humanos o quien haga sus veces en la entidad respectiva, el verificar el cumplimiento de los requisitos de estudio y experiencia.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Ruth González Sanguino

Revisó: Jose Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Corte Constitucional, Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz
2. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia proferida dentro del Expediente N°:11001-03-15-000-2010-00990-00, Consejera Ponente, Ruth Stella Correa Palacio
3. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:43:23