



Función Pública

Concepto 110861 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000110861

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000110861

Fecha: 19/03/2020 12:37:04 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Empleado. Inhabilidades para el ejercicio del cargo de jefe de control interno de una alcaldía. Radicado: 2020-206-008014-2 y 2020900079242 del 25 de febrero de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual presenta varios interrogantes relacionados con el ejercicio de jefe de control interno de una alcaldía municipal, me permito dar respuesta en el mismo orden de su presentación, así:

Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, 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 Estado² en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró 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).

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.

1.- A su primer interrogante, referente a establecer si se presenta conflicto de interés en el caso de un ex secretario de despacho que fue

designado como jefe de control interno en la respectiva alcaldía municipal, me permito indicar lo siguiente:

Frente al particular, es necesario revisar si eventualmente se presenta un conflicto de interés en el caso de un jefe de control interno que deba evaluar la gestión por él efectuada cuando ejerció un cargo del nivel directivo, sobre ese tema, la Ley 734 de 2002³, indica:

“ARTÍCULO 40. CONFLICTO DE INTERESES. 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.

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 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales. (...)

Respecto al conflicto de intereses, el Consejo de Estado mediante concepto No 1572 de abril 28 de 2004 de la Sala de Consulta de Servicio Civil, preceptuó:

“3. Requisitos para la configuración del conflicto de intereses en el caso de los congresistas. Como quiera que dicho conflicto se configura por la concurrencia de interés privado e interés público, se hace indispensable tener en cuenta, entre otros, los siguientes requisitos:

3.1 Interés privado concurrente. De acuerdo con lo expuesto, resulta indubitable que este interés debe aparecer en tal forma que comprometa objetivamente la intangibilidad del interés general perseguido, para lo cual la Sala estima necesario hacer las siguientes precisiones:

a) Existencia: Se configura el interés privado cuando hay "exigencia para la satisfacción de necesidades humanas" - Messineo, Tomo II, p. 10 -, lo cual acontece cuando surgen v. gr.: ventajas o provechos representados en derechos subjetivos, o en ventajas de tipo reparativo positivo (como indemnización por daños o detrimento de derechos) o negativo (reparación de gastos), o de tipo enriquecedor (como ganancias, utilidades, provechos, derechos, etc.), o cuando se refieren a la simple exoneración de desventajas (exoneración de obligaciones, cargas, etc.).

b) Juridicidad: Se da cuando el interés privado, protegible de ordinario, pero con la aptitud de afectar la transparencia, debido a que siendo actual y estando amparado por la ley puede perturbar el ánimo del interesado a actuar en su propio favor. Para ello debe tenerse en cuenta que el interés: 1) Es actual, cuando se ha adquirido y puede afectarse. De allí que por ausencia de éste requisito quede excluido el interés futuro. 2) Es jurídico, porque se encuentra amparado por la ley. Por tanto es inaceptable interés originado en el roce meramente social (v. gr. el de comunicación o trato) para generar conflicto de interés. y, 3) Es afectable, cuando puede extinguirse o modificarse el que se tiene. En cambio, no se da cuando el interés es inalienable (v. gr. La vida).

c) Privado: Se da cuando el interés es de naturaleza particular de manera inequívoca y, por lo mismo, se descarta cuando se actúa movido por el interés público o general - regulación abstracta en general -. El interés puede ser individual o colectivo, referido en el primer caso, por ej., a la propiedad particular y, en el segundo, al interés común de los propietarios en una urbanización.

d) Titularidad. El interés debe radicar en el congresista o en su cónyuge, compañero (a), pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, en el caso bajo estudio.

3.2 El interés público concurrente en la decisión pertinente. Para que este interés público concurrente pueda verse menoscabado, también se hace indispensable tener en cuenta aquellos aspectos que puedan afectar que sea el único determinante de la decisión; lo cual implica que en la misma persona que tiene un interés privado, también concurren estos requisitos:

a) Calidad de congresista.

b) Intervención en las deliberaciones y votaciones.

c) Proyecto de decisión de interés público.

d) Afectación particular, consistente en que el proyecto a votar pueda afectar el interés directo del congresista, arriba mencionado.

3.3 Conflicto de interés. De la concurrencia objetiva de los dos intereses mencionados puede desprenderse inequívocamente la existencia de un conflicto de interés como causal de impedimento o recusación. En tanto que este fenómeno no se estructuraría, de una parte, cuando no concurre alguno de los requisitos mencionados para los referidos intereses, y, de otro, cuando simplemente se trata de mera apreciación subjetiva de conflicto sin sustento en elementos objetivos."

La misma Corporación en sentencia del 3 de septiembre de 2002, recaída dentro del expediente 11001-03-15-000-2002-0447-01 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sostuvo:

"La jurisprudencia y la doctrina vienen indicando que el conflicto de intereses, sin consideración a que provenga de razones económicas o morales, toma dimensión punible cuando pierde el congresista su natural imparcialidad. Lo cual hace superfluo que la ley lo recoja en un catálogo de conductas que lo tipifiquen, siendo suficiente la consagración genérica formulada en el artículo 182 de la Constitución Política; pero para que se concrete en la actividad legislativa es menester que resalte una relación directa entre los intereses del congresista y la materia regulada por el proyecto tramitado, de acuerdo con el artículo 286 de la ley 5ª de 1992.⁴ Siempre que se produzca un resultado provechoso por el simple ejercicio de una función oficial, que convenga al agente o a otra persona allegada, en el orden moral o material, surgirá un conflicto de intereses. Si la ley protege el interés, será lícito; pero si se persigue con fines personales, particulares, que sobrepasen el interés social, será ilícito."

De acuerdo con lo expresado por Consejo de Estado, el conflicto de intereses se configura cuando el servidor público con su actuación se favorezca a sí mismo o a sus parientes. El constituyente quiso evitar, al prever la ocurrencia del conflicto de intereses, que el servidor público con su accionar haga prevalecer su interés personal o familiar sobre el general. Busca acabar con las ventajas personales distintas a las que se predicen de la generalidad.

Así las cosas, en criterio de esta Dirección Jurídica, tal circunstancia debe ser analizada por las partes interesadas, para determinar si se presenta el conflicto de interés en relación con la situación presentada en su consulta. En el caso que se considere que existe conflicto de interés, el empleado (jefe de control interno) deberá abstenerse de conocer del asunto en particular.

2.- En atención al segundo interrogante, referente a establecer si quien ejerció como secretario de despacho de una alcaldía municipal cumple con el perfil y requisitos establecidos en la ley para ejercer el empleo de jefe de control interno, me permito indicar lo siguiente:

Respecto de los requisitos que se exigen a quien pretende ejercer el cargo de jefe de control interno, el parágrafo 1º del artículo 8º de la Ley

1474 de 2011⁵, que modificó el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, señala que, para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno se deberá acreditar formación profesional y experiencia mínima de tres (3) años en asuntos del control interno.

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, con el fin de valorar la experiencia requerida en el párrafo 1º del artículo 8º de la Ley 1474 de 2011, para desempeñar el cargo de jefe de control interno, este Departamento Administrativo expidió la Circular No. 100-02 de agosto 5 de 2011⁶, 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 reevaluación 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.

Así las cosas, tenemos que las actividades en materia de control interno que pueden ser tenidas en cuenta como experiencia para aspirar al cargo de jefe de control interno señaladas en la Circular No. 100-002 de 2011 emitida por este Departamento son presentadas a título enunciativo; es decir, no son taxativas.

De otra parte, es preciso indicar que, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.5.1.5 del Decreto 1083 de 2015, el jefe de la unidad de personal o quien haga sus veces en las entidades u organismos públicos es la autoridad facultada legalmente para verificar y certificar el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio de los empleos en las respectivas entidades.

Así las cosas, se precisa que este Departamento no tiene la facultad legal para determinar el cumplimiento de los requisitos de quien aspira a ejercer un empleo público, dicha facultad, como ya se indicó es propio del jefe de la unidad de personal de la respectiva entidad.

3.- Respecto de su tercer interrogante, mediante el cual consulta si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que quien ejerció como secretario de despacho suscriba un contrato estatal con la respectiva entidad, me permito indicar lo siguiente:

De conformidad con lo previsto en el artículo 4º de la Ley 1474 de 2011, mediante el cual se adiciona el literal f) del numeral 2 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, se precisa que, se encuentra inhabilitado para celebrar contrato estatal con la respectiva entidad quien directa o indirectamente haya ejercido cargos en el nivel directivo en la respectiva entidad.

Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el artículo 16 del Decreto Ley 785 de 2005, el cargo de secretario de despacho hace parte del nivel directivo.

En ese orden de ideas, se precisa que quien ejerció como secretario de despacho de una alcaldía se encuentra inhabilitado para celebrar contratos con la respectiva entidad durante los siguientes dos años de su retiro.

No obstante, en el caso que se trate de una nueva vinculación como empleado público en el cargo de jefe control interno, se indica que una vez revisadas las normas que determinan las inhabilidades de los servidores públicos, principalmente, los contenidos entre otros en los artículos 122, 126, 127, 128, 129 de la Constitución Política; el artículo 38 de la Ley 734 de 2002; así como el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, no se evidencia ninguna inhabilidad para que quien ejerció como empleado del nivel directivo (secretario de despacho), se vincule como empleado público (jefe de control interno) en la respectiva entidad.

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: Harold Herreño

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

GCJ-601 - 11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

2. Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

3. *“por la cual se expide el Código Disciplinario Único”*

Ver sentencias del 19 de marzo y 4 de junio de 1996, Expedientes AC-3300 y AC- 3549.

4. *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.*

5. *“Nominación de los jefes de control interno o quien haga sus veces a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011”*

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:12:17