



**Función Pública**

## Concepto 351991 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000351991\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000351991

Fecha: 24/09/2021 10:28:43 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor Público. Prohibición para contratar a ex Jefe de Control Interno. Jefe de Control Interno. Prueba de competencias para vinculación de Jefe de Control Interno. RAD. 20219000594452 del 24 de agosto de 2021.

En la comunicación de la referencia, solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

1. ¿Puede el alcalde elegir a jefe de control interno a una persona que cumple con los requisitos de ley pero que en la prueba de competencias no obtuvo el mayor puntaje?
2. ¿Puede esto generar en el desarrollo de su labor una afectación en su independencia en el ejercicio de su labor?
3. ¿Puede el jefe de control interno luego de su desvinculación hacer parte de una empresa como accionista y contratar con esta entidad?
4. ¿Puede el jefe de control interno luego de su desvinculación hacer parte de una empresa como representante legal y contratar con esta entidad?
5. ¿Puede el jefe de control interno luego de su desvinculación hacer parte de una empresa como empleado y que la empresa contrate con la entidad?

Respecto a las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

1. Sobre la elección del Jefe de Control Interno

Sobre la elección de responsable de Control Interno, 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", dispone:

"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." (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, 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", modificó el texto de los Artículos 11 y 14 de la Ley 87 de 1993, en el siguiente sentido:

"ARTÍCULO 8. DESIGNACIÓN DE RESPONSABLE DEL CONTROL INTERNO. Modifíquese el Artículo 11 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:

Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción.

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.

(...)"

De acuerdo con lo anterior, los empleos o cargos de jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno que se encuentren creados en la planta de personal de las entidades públicas de la rama ejecutiva del orden nacional son de libre nombramiento y remoción, y las del nivel territorial son de período.

En cuanto al perfil para ocupar este cargo, el Decreto 989 de 2020 "Por el cual adiciona el capítulo 8 al título 21 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, en lo relacionado con las competencias y requisitos específicos para el empleo de jefe de oficina, asesor, coordinador o auditor de control interno o quien haga sus veces en las entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional y territorial", establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 2.2.21.8.1. Objeto y campo de aplicación. El presente capítulo tiene por objeto fijar las competencias y requisitos específicos para el empleo de jefe de oficina, asesor, coordinador o auditor de control interno o quien haga sus veces en las entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional y territorial."

ARTÍCULO 2.2.21.8.3. EVALUACIÓN DE COMPETENCIAS. Previo a la designación en el empleo de jefe de oficina, asesor, coordinador o auditor de control interno o quien haga sus veces, al aspirante o aspirantes se les deberá evaluar las competencias requeridas para el desempeño del empleo, a través de la práctica de pruebas.

La evaluación de competencias de los aspirantes a ocupar los citados cargos en las entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional será adelantada por el Departamento Administrativo de la Función Pública, entidad que le informará al presidente de la República si el aspirante cumple o no con las competencias requeridas, de lo cual dejará evidencia.

En el nivel territorial se deberá evaluar las competencias por la misma entidad, o con la asesoría de entidades especializadas en la materia o con el Departamento Administrativo de la Función Pública, de lo cual se le informará al gobernador o alcalde, respectivo, si el aspirante cumple o no

con las competencias requeridas, de lo cual se dejará evidencia. (Subrayado fuera de texto)

PARÁGRAFO. Por regular este Artículo unas competencias específicas y un procedimiento para su evaluación, para la provisión del empleo de jefe de oficina, asesor, coordinador o auditor de control interno o quien haga sus veces, no le será aplicable el Artículo 2.2.13.2.2 del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector Función Pública.

De acuerdo con lo anterior, en las entidades del nivel territorial es viable que en cada administración, acorde con sus capacidades, evalúe directamente las competencias para ocupar el cargo de Jefe de Control Interno, caso en el cual deberá diseñar y aplicar las pruebas a partir de las cuales sea posible evaluar el cumplimiento de dichas competencias por parte de los aspirantes; como segunda opción puede asesorarse con entes especializados en esta materia, o bien acudir a este Departamento Administrativo para adelantar dicha evaluación.

Ahora bien, como indica la norma, con la evaluación de competencias se verifica si el aspirante cumple o no con las competencias requeridas.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, con ponencia del Consejero Alberto Yepes Barreiro, en fallo emitido el 19 de septiembre de 2018. Dentro del expediente con Radicación número: 17001-23-33-000-2018-00019-02, indicó lo siguiente:

“Bajo este panorama normativo, la Sala encuentra que el jefe de control interno es un cargo de periodo fijo -4 años-, que se provee por la autoridad administrativa de la entidad territorial a la mitad del periodo respectivo y su designación debe realizarse consultando el principio de mérito, pero sin perjuicio de la facultad discrecional de quien realiza la designación.

Lo anterior significa que, en principio, el ordenamiento jurídico no estableció un procedimiento unívoco para designar al jefe de la oficina de control interno; circunstancia que impone colegir que existe cierta autonomía a cargo del nominador, que no puede traducirse en arbitrariedad, para proveer dicho empleo. Esto es así, porque la ausencia de desarrollo legal o reglamentario no puede erigirse como un obstáculo en la designación del citado cargo.

Es de advertir que pese a la discrecionalidad que ostenta el alcalde o gobernador para nombrar al jefe de control interno, lo cierto es que en el nombramiento se deberán garantizar no solo los postulados constitucionales inherentes al acceso a la función pública, sino también y en atención a lo dispuesto en el decreto en cita, el principio del mérito.

Ahora bien, uno de los puntos de disputa en el caso concreto es el relativo a que implica *“la garantía del principio de mérito, sin perjuicio de la facultad discrecional”*, toda vez que las partes acuñan interpretaciones disímiles al respecto. En efecto, mientras para la parte recurrente el mérito se garantiza, exclusivamente, mediante un concurso de méritos; para la parte demandada, así como para la autoridad que expidió los actos acusados, lo que ello implica es que pueden utilizarse diversas figuras de selección, siempre y cuando estas armonicen el principio del mérito con la facultad discrecional.

Para la Sala, por las razones que se explicarán, es la segunda posición la que debe acuñarse ya que, debido a las características propias del principio del mérito, aquel no se agota con la realización de un concurso, sino que puede materializarse a través de diversas figuras y escenarios que no necesariamente están atados a las reglas del concurso.

En este sentido, resulta ilustrativo lo concluido por la Corte Constitucional en sentencia C-123 de 2013 en la que sobre el principio del mérito estableció:

*<<... la provisión de empleos mediante concurso no es exclusiva de la carrera administrativa y tampoco lo es el mérito, por lo que, en consecuencia, la acreditación de las respectivas calidades también se exige respecto de cargos que no sean de carrera, ya sea mediante concursos adelantados para tal efecto o en virtud de mecanismos distintos cuya finalidad sea establecer la idoneidad de los aspirantes. (...)*

*Ahora bien, el mérito que se requiere para entrar a ejercer la función pública no corresponde al surgido del reconocimiento o de la estima que el conglomerado social suele discernir a quien ha realizado acciones merecedoras de encomio, ni al actuar loable generador de un justo premio o recompensa, sino a las condiciones subjetivas o de formación configuradoras del perfil que el candidato ha de tener para ejercer las competencias o cumplir las labores o actividades propias del empleo que se va a proveer, razón por la cual debe apreciarse en concreto, vale decir en relación con el cargo específico al que se aspira y con las necesidades del servicio que se deban atender mediante su ejercicio. Refiriéndose a la carrera administrativa y al concurso público, con palabras aplicables a cualquier proceso, la Corte ha puntualizado que 'el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos' (...). El proceso de selección se orienta a la 'determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias del cargo' (negritas en original)*

En este contexto, es claro que el principio del mérito no se agota con la realización de un concurso, pues cuando la administración en el marco del proceso de selección de los jefes de oficina de control interno analiza aspectos como (i) las calidades académicas, (ii) la experiencia o (iii) las competencias están examinando, bajo condiciones objetivas, la idoneidad para el desempeño de ese cargo.

Conforme a lo expuesto, no cabe duda que, contrario a lo asegurado por las recurrentes, tratándose de la designación del jefe de control interno, la garantía del principio del mérito no está ligada a la realización de un concurso de tales características, menos cuando como en el caso objeto de estudio, el ordenamiento jurídico, de forma, expresa, consagró que dicho principio debe armonizarse con la potestad discrecional de la administración. En otras palabras, para la Sala Electoral es totalmente viable en el caso concreto, es decir, tratándose de la elección de los jefes de oficina de control interno, salvaguardar el principio de mérito sin tener que acudir a la figura del concurso, debido a que bastará con que se garantice que quien resulte designado a través de cualquiera de tales formas eleccionarias cumpla con las condiciones de capacidad e idoneidad que le permitan atender con solvencia las necesidades propias del cargo al que accede, para entender que dicho principio se satisfizo.

En otras palabras, para la Sala Electoral es totalmente viable en el caso concreto, es decir, tratándose de la elección de los jefes de oficina de control interno, salvaguardar el principio de mérito sin tener que acudir a la figura del concurso”

De acuerdo con el pronunciamiento, lo que se pretende verificar en el nombramiento de un Jefe de Control Interno es verificar el cumplimiento de las condiciones subjetivas o de formación configuradoras del perfil que el candidato ha de tener para ejercer las competencias o cumplir las labores o actividades propias del empleo que se va a proveer, comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos, garantizando el principio del mérito armonizado con la potestad discrecional de la administración.

En tal virtud, es factible que varios de los aspirantes al cargo de Jefe de Control Interno acrediten el cumplimiento de los requisitos, garantizándose así el mérito para acceder al cargo, y con base en la potestad discrecional, la administración podrá elegir a uno de ellos.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que el alcalde municipal puede elegir al jefe de control interno a una persona que cumple con los requisitos de ley (calidades académicas, experiencia y competencias) sin que sea indispensable que haya obtenido el mayor puntaje, pues con base en su facultad discrecional y comprobado el mérito, cuenta con la facultad legal para designarla.

Consecuente con lo anterior, debe concluirse que la designación del Jefe de Control Interno de un aspirante que superó las pruebas de competencia pero no obtuvo el mayor puntaje no afecta su independencia en el ejercicio de su labor.

## 2. Sobre la inhabilidad para contratar para un ex Jefe de Control Interno

La Ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, determina en su Artículo 8:

“ARTÍCULO 8º.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

(...)

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva: <La expresión "Concursos" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007>

a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

f) <Literal adicionado por el Artículo 4o. de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

(...)." (Se subraya).

De acuerdo con lo establecido en el literal a. del numeral 2 del Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante que hubieren desempeñado funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, inhabilidad que se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

En el caso adicionado con el literal f), la inhabilidad pesa sobre quienes hayan ejercido cargos en el nivel directivo, caso en el cual, la limitante se extiende por dos años.

Según el Decreto 785 de 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 regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004", pertenece al Nivel Directivo y, en tal virtud, las prohibiciones descritas aplican en su caso.

Así las cosas, las inhabilidades para que ex servidores públicos contraten con el Estado consagradas en los Artículos 8 de la Ley 80 de 1993 y 4 de la Ley 1474 de 2011, aplica frente a la entidad respectiva para quienes:

a) Fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante, siempre y cuando estos últimos hubieren desempeñado funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

b) 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.

Teniendo en cuenta que estas inhabilidades del ex servidor público para contratar se predicán respecto de la entidad del Estado a la cual estuvo vinculado como directivo, se considera que dicha restricción no aplicaría para celebrar contratos con otras entidades del Estado en las cuales el servidor no hubiere desempeñado cargos del nivel directivo.

Ahora bien, la norma indica que el ex servidor no podrá suscribir contrato "directa o indirectamente". De esta limitación podemos distinguir varias opciones, a saber:

- El ex empleado del nivel directivo, asesor o ejecutivo, no podrá suscribir un contrato en su nombre con la entidad en la cual prestó sus servicios,

- Si el ex empleado del nivel directivo, asesor o ejecutivo actúa como representante legal de alguna entidad privada, no podrá suscribir contrato en nombre de la empresa privada con la entidad en la cual prestó sus servicios. Tampoco podrá, en este evento, delegar la función de contratar pues, estaría actuando representado por el delegatario.

- Tampoco podrá suscribir contrato con la entidad donde prestó sus servicios mediante poder conferido para suscribir un contrato con la administración municipal pues, como en el caso de la delegación, estaría actuando representado por su mandatario o apoderado.

- La acepción "indirectamente" debe ser analizada a la luz la jurisprudencia nacional. Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, con ponencia del Consejero, en su sentencia emitida el 2 de noviembre de 2001 dentro del expediente con Radicación número: 20001-23-31-000-2000-1503-01(2697), manifestó lo siguiente:

"Esta Sala ha dicho que el contrato por interpuesta persona se configura no solo a través del testaferrato sino mediante sociedades de personas de las que sea socio quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad. Así, para verificar si se actuó por interpuesta persona es preciso probar que la sociedad se utilizó para encubrir la intervención personal del interesado o que quien celebró el contrato lo hizo por encargo y en provecho de otra persona.

(...)

En tales condiciones, con fundamento en los documentos que obran en el expediente que no han sido desvirtuados por los medios de prueba examinados en esta providencia, la Sala concluye que al no haberse demostrado que el señor José Antonio Bermúdez Cabrales hubiera celebrado contrato alguno con el municipio de Aguachica dentro del término inhabilitante, o que lo hubiera hecho por interpuesta persona, el demandado no incurrió en la causal de inhabilidad que le fue imputada y el cargo, en consecuencia, no prospera." (Se subraya).

Posteriormente, la misma Corporación, en sentencia emitida el 19 de enero de 2006, con ponencia del Consejero Darío Quiñones Pinilla dentro del expediente con Radicación número: 68001-23-15-000-2004-00002-02(3875), indicó lo siguiente:

"Ciertamente, esta Sala ha dicho que el contrato por interpuesta persona se configura mediante sociedades de personas de las que sea socio quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad. En otras palabras, la celebración de contratos bajo esta modalidad implica que quien aparece como contratista, aunque formalmente, aparentemente, figure como tal, en realidad, no es la persona que lo celebra y ejecuta.

Tal figura constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada.

Pero ocurre que en tal evento, para verificar si se actuó por interpuesta persona, es preciso probar que la sociedad se utilizó para encubrir la intervención personal del interesado o que quien celebró el contrato lo hizo por encargo y en provecho de otra persona, lo cual no aparece demostrado en este caso."

De acuerdo con los pronunciamientos citados, la contratación indirecta no obedece a una figura específica, sino que implica que la contratación

se realiza (por otra persona natural o jurídica) para encubrir la intervención personal del interesado o que quien celebró el contrato lo hizo por encargo y en provecho de otra persona, vale decir, que quien aparece como contratista, aunque formalmente, aparentemente, figure como tal, en realidad, no es la persona que lo celebra y ejecuta. Por lo tanto, en estos eventos, es preciso demostrar que la persona o la sociedad, se utilizó para encubrir la intervención personal del interesado o que quien celebró el contrato lo hizo por encargo y en provecho de otra persona.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica, respecto a las inhabilidades del ex empleado, concluye lo siguiente:

- El ex Jefe de la Oficina de Control Interno, cargo del Nivel Directivo, no podrá suscribir un contrato en su nombre con la entidad en la cual prestó sus servicios,
- Si el ex Jefe de la Oficina de Control Interno actúa como representante legal de alguna entidad privada, no podrá suscribir contrato en nombre de la empresa privada con la entidad en la cual prestó sus servicios. Tampoco podrá, en este evento, delegar la función de contratar pues, estaría actuando representado por el delegatario.
- Tampoco podrá suscribir contrato con la entidad donde prestó sus servicios mediante poder conferido para suscribir un contrato con la administración municipal pues, como en el caso de la delegación, estaría actuando representado por su mandatario o apoderado.
- La acepción “indirectamente” debe ser analizada a la luz la jurisprudencia citada en el cuerpo del concepto.

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”: <http://www.funcionpublica.gov.co/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.

Cordialmente,

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 14:17:06*