



Concepto 340481 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000340481

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000340481

Fecha: 15/09/2021 04:30:17 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Provisión. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Jefe de control interno. Radicado: 20219000578532 del 12 de agosto de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto que resuelva las siguientes preguntas:

"1. Desconocemos la norma y el procedimiento real para realizar dicho nombramiento y quisiéramos que ustedes que son las personas idóneas nos indicaran de que manera se puede realizar dicho nombramiento; ¿Es o no es discrecional del Alcalde Municipal?"

2. Ahora bien si fuese discrecionalidad del alcalde, me permito poner en contexto lo siguiente:

Durante todo el año 2020, se nombró una persona como secretario de despacho de la secretaria administrativa y financiera de la entidad, del nivel directivo y de naturaleza en libre nombramiento y remoción; el 01 de enero de 2021 se recibió y aceptó la renuncia del señalado, quedando desvinculado formalmente de la entidad. Sí el alcalde tiene la autonomía o discrecionalidad de nombrar a quien quiera en el cargo descrito al principio de este documento (ASESOR CONTROL INTERNO), ¿Es posible que se nombre a la persona que fue secretario de despacho, del nivel directivo y de naturaleza de libre nombramiento y remoción? O ¿Existe alguna inhabilidad?" (copiado del original).

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

- Provisión empleo de jefe de control interno

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: (...)

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.

(...)

ARTÍCULO 9. REPORTES DEL RESPONSABLE DE CONTROL INTERNO. Modifíquese el Artículo (...)

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para ajustar el periodo de que trata el presente Artículo, los responsables del Control Interno que estuvieren ocupando el cargo al 31 de diciembre del 2011, permanecerán en el mismo hasta que el Gobernador o Alcalde haga la designación del nuevo funcionario, conforme a la fecha prevista en el presente Artículo.

Refiriéndonos al nivel territorial, el empleo de jefe de control interno es de periodo, por cuatro años, designado por el alcalde o gobernador, en la mitad de su respectivo período; es decir, se permite intercalar el período de los alcaldes y gobernadores con el empleo de jefe de control interno, para que a la mitad de su periodo realicen dicha designación.

- Inhabilidad o incompatibilidad por continuar como jefe de control interno en un nuevo periodo.

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.

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, sin que puedan buscarse analogías o aducirse razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos por el legislador, pues la voluntad de éste no puede ser suplantada, en detrimento de derechos de terceros o de intereses sociales que exigen la sujeción estricta al texto de la ley prohibitiva.

Al respecto, la Ley 1474 de 2011, previamente mencionada, en su Artículo 3, modifica el texto del numeral 22 del Artículo 35 de la Ley 734 de 2002, y establece prohibiciones a los servidores públicos, tales como:

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 en cita prevé en su Artículo 4, modificadorio del literal f numeral 2 del Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, la imposibilidad para que los ex funcionarios del nivel directivo celebren 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.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-257 del 7 de mayo de 2013 al pronunciarse de la demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 1º del Artículo 3º y 4º de la Ley 1474 de 2011, Conjuez Ponente: Jaime Córdoba Triviño, afirma 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 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.

II. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon,

concluyendo:

1. El alcalde o gobernador, según se trate, tiene la facultad nominadora designar al jefe de control interno, en las entidades territoriales, por el periodo faltante a los 4 años determinados en la Ley 1474 de 2011. En todo caso, la persona designada debe cumplir con el perfil y los requisitos exigidos en el manual de funciones y competencias laborales los cuales, en lo relativo a jefes de control interno deben

actualizarse conforme a las disposiciones del Decreto 989 de 2020, que para el caso de las entidades de la Rama Ejecutiva del orden territorial los mismos varían según la categoría del respectivo municipio.

2. 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 quien fungió como secretario de despacho sea nombrado jefe de la oficina de control interno.

III. NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el covid-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Harold Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz
2. Sentencia proferida dentro del Expediente núm. 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:20:31