

2017000170

20171100007491

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No: 20171100007491

Fecha: 08-03-2017

Bogotá,
110

Doctor
GERMÁN BARCO LÓPEZ
Abogadogerman1@hotmail.com
abogadogerman@hotmail.es

Referencia: **SIA ATC 2017000170**
Radicado No. 2017-233-000802-2 del 22 de febrero de 2016

Respetado doctor:

La Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República procede a dar respuesta a la solicitud de la referencia, elevada y precisada por usted en los siguientes términos:

• **SINTESIS DE LA CONSULTA**

“Laboré como Gerente de la Auditoría Seccional VII hasta el 5 de noviembre de 2015, conforme a lo cual le solicito conceptuarme si existe a la fecha inhabilidad o incompatibilidad para ser elegido como Contralor del Departamento del Quindío ante la declaratoria de nulidad (sic) de la doctora Sandra Gómez en el periodo 2016-2019, elección que deberá realizarse a efectos de nombrar su reemplazo en el mes de marzo o abril del presente año por parte de la Asamblea Departamental del Quindío, por haber sido servidor público de la Auditoría General de la República.”

• **CONSIDERACION PRELIMINAR**

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, nos permitimos indicar que, dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, éste ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que adelantamos un control posterior y selectivo de su gestión fiscal. Por lo tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares, individuales o concretas, que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia, ya que en la medida en la que los controladores resultaren involucrados

Raf

en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda la legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función, razón más que suficiente para emitir pronunciamientos de carácter general y abstracto.

CONSIDERACIONES DE LA OFICINA JURIDICA

La teleología del control fiscal está dada por la protección del patrimonio público, de ahí que el Constituyente de 1991 estableció que todos los fondos o recursos públicos manejados por entidades nacionales o territoriales y por particulares fueran objeto de control de su gestión. Así las cosas, el artículo 274 superior, estableció que sería la ley la que determinaría la manera de ejercer la vigilancia fiscal a nivel departamental, distrital y municipal.

En relación con la Auditoría General de la República, ésta se constituye en un órgano público, estatal, autónomo e independiente, de rango constitucional, organizado en desarrollo del inciso 2º del artículo 113 de la Constitución Política, que no pertenece a ninguna de las ramas del poder público, por constituirse en un órgano de control fiscal de segundo nivel, dotado de autonomía jurídica, administrativa, contractual y presupuestal, el cual está a cargo del Auditor General, figura creada constitucionalmente mediante el artículo 274 superior¹.

El desarrollo legal del artículo constitucional no es otro que el Decreto Ley 272 de 2000, expedido con base en las facultades extraordinarias conferidas en el numeral 2º del artículo 1º de la Ley 573 de 2000 con el fin de "Determinar la organización y funcionamiento de la Auditoría (...)", -lo que le otorgó rango, fuerza y valor de ley-; y fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-1339 de 2000.

Así las cosas, el constituyente delegó en el legislador la facultad de escoger la entidad controladora competente y la manera como debe ejercerse la vigilancia de la gestión fiscal en el nivel territorial, y en ese orden de ideas, estableció en el numeral 12 del artículo 17 del citado Decreto 272: "Ejercer la vigilancia de la gestión fiscal, en forma excepcional, sobre las cuentas de las contralorías municipales y distritales, sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales, previa solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal, de cualquier comisión permanente del Congreso de la República, de la

¹ La vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República se ejercerá por un auditor elegido para periodos de dos (2) años por el Consejo de Estado, de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia. La ley determinará la manera de ejercer dicha vigilancia a nivel departamental, distrital y municipal.

mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales o de la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación ciudadana que establece la ley. Este control no será aplicable a la Contraloría del distrito Capital de Santa Fé de Bogotá". (Texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1339 de 2000).

Por ello, de conformidad con el Decreto Ley 272 de 2000, nuestra misión está dada por la coadyuvancia en la transformación, depuración y modernización de los órganos de control, fomentar la cultura del autocontrol y el estímulo de la participación ciudadana en la lucha para erradicar la corrupción, igualmente, ejerce la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales y municipales, con potestad para fijar las políticas, prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas de estas entidades de control.

En consecuencia, la Auditoría General de la República adquirió competencia para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de esas contralorías territoriales, toda vez que su actividad esencial se circunscribe a la vigilancia de la gestión fiscal sobre el manejo de los bienes y recursos públicos por estas entidades, en desarrollo del inciso segundo del artículo 274 constitucional, como una especie de control fiscal de segundo nivel sobre el manejo de los precitados bienes y recursos.

Del caso concreto

Sea lo primero señalar que las funciones de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República se encuentran reguladas en el artículo 18 del Decreto Ley 272 de 2000, y en ninguna de ellas se le confiere la facultad de conceptuar en relación con asuntos personales en que se pueda encontrar un particular.

No obstante lo anterior, de manera general nos referiremos al asunto planteado por usted, relacionado con el tema de inhabilidades e incompatibilidades, imperantes en nuestro ordenamiento jurídico.

En relación con las inhabilidades, ha señalado la jurisprudencia:

"Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo

Cfr. Corte Constitucional²

Ahora bien, teniendo en cuenta que nuestra normatividad interna contempla de manera explícita las situaciones que generan inhabilidades, nos remitimos en primer lugar, a lo señalado en nuestra Constitución Política, así:

“ARTICULO 126. *Modificado por el art. 2, Acto Legislativo 02 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:* Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera.

Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

Quien haya ejercido en propiedad alguno de los cargos en la siguiente lista, no podrá ser reelegido para el mismo. Tampoco podrá ser nominado para otro de estos cargos, ni ser elegido a un cargo de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones:

Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro de la Comisión de Aforados, Miembro del Consejo Nacional Electoral, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República y Registrador Nacional del Estado Civil.

Texto original:

Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los

² Sentencias C-380-97, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-200-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-1212-01, M.P. Jaime Araujo Rentería.

mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos.

Nuestro segundo referente lo encontramos la Ley 734 de 2002 "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único", así:

"Artículo 38. Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.

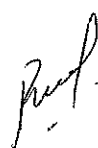
2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción. **Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-544 de 2005. Ver Concepto del Consejo de Estado 1810 de 2007**

3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.

4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.

Parágrafo 1°. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales. **Parágrafo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-077 de 2007**

Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales



mensuales vigentes.

*Parágrafo 2°. Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público. **Respecto de la expresión subrayada, ver la Sentencia de la Corte Constitucional C-652 de 2003, Parágrafo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-064 de 2003, en el entendido de que respecto a las conductas culposas se aplicarán las inhabilidades previstas en la ley.***

Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.

Artículo 39. Otras incompatibilidades. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período:

a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;

*b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.
Ver Sentencia de la Corte Constitucional C-181 de 2002*

2. Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia."

De otra parte, es preciso tener presente lo señalado en 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 relación con este asunto:

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."

Así las cosas, el peticionario debe ubicar su caso concreto en cada una de las causales de inhabilidades descritas en la Constitución, la Ley y la Jurisprudencia, para establecer las situaciones particulares que le permitirían contempla o no la posibilidad de ser elegido como Contralor Departamental del Quindío.

Por último, en virtud de lo particular de su consulta, a fin de que se brinde una mayor claridad en lo solicitado, nos permitimos dar traslado de su requerimiento al Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP, con competencia para conocerla.

De esta forma, de manera general y abstracta damos respuesta al interrogante planteado, recordándole que el presente concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, por lo tanto no tiene carácter obligatorio ni fuerza vinculante.

Cordialmente,



ROBERTO ENRIQUE ARRÁZOLA MERLANO
Director Oficina Jurídica

Adjunto: Oficio remisión a DAFP (Rad. 20171100007481)

Proyectó: Martha Galindo— Abogada Oficina Jurídica

