



Función Pública

Concepto 142171 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000142171

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000142171

Fecha: 23/04/2021 10:31:36 a.m.

Bogotá D.C.

REF.- EMPLEOS. Funciones. Funciones de control interno. RAD. 2021-206-019300-2 del 15 de abril de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida este Departamento Administrativo por parte de la Contaduría General de la Nación, en la que presenta varios interrogantes, me permito dar respuesta a los mismos teniendo en cuenta las funciones y competencias atribuidas a esta entidad en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 430 de 2016.

1.- En atención al primer interrogante de su escrito, mediante el cual consulta si *los contadores públicos que son contratados bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios profesionales, pueden asumir las actividades relacionadas con el manejo contable de los establecimientos educativos oficiales, concomitantemente con las actividades relacionadas con la auditoría interna, control interno contable y demás actividades relacionadas con el control contable y financiero de la entidad pública contratante?*, le indico:

En relación con la pertinencia de la suscripción de contratos de prestación de servicios para el ejercicio de actividades permanentes en la administración pública, el Decreto Ley 2400 de 1968, determina lo siguiente:

“ARTICULO 2. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 3074 de 1968. El nuevo texto es el siguiente: Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

(...)

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.” (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con la norma, en el caso de funciones permanentes de la administración, no se considera procedente que se desarrollen mediante contratos de prestación de servicios.

En cuanto al contrato de prestación de servicios, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone que, los contratos de prestación de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, guardando concordancia con lo establecido en el artículo 123 de la Constitución Política en cuanto autoriza que los particulares temporalmente desempeñen funciones públicas.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-614 de 2009, abordó el problema jurídico consistente en determinar si la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, contemplada en el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, es contraria a los artículos 2º, 25 y 53 de la Constitución, concluyendo que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de vinculación con el Estado de tipo excepcional que se justifica constitucionalmente si es concebida como un instrumento para atender funciones ocasionales, que son aquellas que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o que, siendo parte de ellas, no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados; vinculación que en ningún caso debe conllevar subordinación.

En consecuencia, la viabilidad de la celebración de un contrato de prestación de servicios con una persona natural y sus obligaciones contractuales depende del estudio de necesidad que realice la entidad, con el fin de determinar el ejercicio de actividades transitorias o temporales porque de acuerdo con el manual de funciones específico no existe personal que pueda desarrollar la actividad para la cual se requiere contratar el servicio, o cuando el desarrollo de la actividad requiere un grado de especialización que implica la contratación del servicio, o cuando aun existiendo personal en la planta, éste no sea suficiente, dicho análisis, junto con las actividades que deba realizar el contratista es propio de la entidad contratante.

En relación con la facultad para que las entidades u organismos públicos suscriban contratos para el ejercicio de actividades relacionadas con el control interno, la Ley 87 de 1993 contempla lo siguiente:

“ARTÍCULO 7. CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE CONTROL INTERNO CON EMPRESAS PRIVADAS. Las entidades públicas podrán contratar con empresas privadas colombianas, de reconocida capacidad y experiencia, el servicio de la organización del Sistema de Control Interno y el ejercicio de las auditorías internas. Sus contratos deberán ser a término fijo, no superior a tres años, y deberán ser escogidos por concurso de méritos en los siguientes casos:

a) Cuando la disponibilidad de los recursos técnicos, económicos y humanos no le permitan a la entidad establecer el Sistema de Control Interno en forma directa.

b) Cuando se requieran conocimientos técnicos especializados.

c) Cuando por razones de conveniencia económica resultare más favorable.

Se exceptúan de esta facultad los organismos de seguridad y de defensa nacional.

(...)”

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de la Constitución, el ejercicio de la evaluación y el seguimiento, así como la implementación y la valoración del riesgo son servicios que pueden ser contratados, caso en el cual, si el representante legal opta por la contratación, deberá sustentar en un estudio técnico la causal que lo lleva a tomar esta decisión de conformidad con el artículo 7 de la Ley 87 de 1993.

Por lo tanto, es viable que las entidades y organismos que se encuentran dentro del campo de aplicación de la Ley 87 de 1993, contraten el

servicio de la organización del sistema de control interno y el ejercicio de las auditorías internas, siempre que se cumpla una cualquiera de las condiciones señaladas por el legislador para el efecto y, que su contratación sea con empresas privadas colombianas especializadas, de reconocida capacidad y experiencia.

Ahora bien, dentro de las facultades otorgadas a este Departamento Administrativo, principalmente las contenidas en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 430 de 2016, esta entidad no cuenta con la potestad legal para determinar la validez de los actos administrativos, ni para determinar las actividades que pueden desarrollar los contratistas de prestación de servicios, la justificación en cada caso deberá efectuarla, como ya se indicó, la respectiva entidad u organismo público.

Finalmente, se considera pertinente traer a colación el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con Radicación No: 1.903 del 15 de mayo de 2008, Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo, sobre las situaciones que puedan derivarse de un conflicto de interés estableció:

“2. El conflicto de intereses.

Sobre este tema la Sala mediante Concepto de Abril 28 de 2004 M.P Flavio Rodríguez Arce con radicación 1572, dijo:

“El conflicto de intereses: Es una institución de transparencia democrática que por su alcance y fundamento debe analizarse en forma concreta.

2.1 Noción. En términos generales es aquella cualidad de concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la decisión a tomar y obliga a declararse impedido a quien deba tomarla.

2.2 Finalidad. El instituto del conflicto de intereses trata de impedir que prevalezca el interés privado del congresista sobre los intereses públicos, el cual, prevalido de su influencia, podría obtener provechos indebidos para sí o para terceros, es decir, evitar favorecer intereses que no sean los relativos al bien común o que la imparcialidad de sus decisiones se comprometa y distorsione por motivos personales o particulares. Se trata así de un asunto inherente al fuero interno del congresista, a un aspecto esencialmente subjetivo, el que de existir y no ser manifestado conforme al reglamento, da lugar a la recusación.

2.3 Fundamento. De allí que el fundamento del impedimento radica en que: a) el conflicto de interés afecta la transparencia de la decisión - para el caso, la motivación del voto -. En efecto, en toda decisión siempre debe haber, en forma inequívoca, un solo interés: el interés general de la ley. Por tanto, en caso de conflicto se mezclan el interés privado y el público, con lo cual queda en duda cuál fue el interés dominante. b) En que el impedimento evita que la decisión sea determinada por el interés particular en detrimento del interés público.

2.4 Necesidad de análisis en cada caso particular: La Sala estima conveniente advertir que el tema, de por sí complejo, requiere para su tratamiento del análisis de cada caso concreto, pues la conducta humana admite de manera necesaria matices y, por tanto, el instituto del conflicto de intereses, al ser del resorte del fuero interno, debe ser valorado con especial cuidado para no vulnerar los derechos del congresista o hacer inanes los alcances de la ley.”

De acuerdo con lo expresado por Consejo de Estado, el conflicto de interés se estructura cuando se presenta concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la decisión a tomar y obliga a declararse impedido a quien deba tomarla.

Cabe anotar que el conflicto de intereses, al contrario de las inhabilidades e incompatibilidades no son taxativas; es decir, las acciones que lo originan no se encuentran expresamente determinadas en las normas, por lo tanto, requiere para su tratamiento del análisis de cada caso concreto, pues la conducta humana admite de manera necesaria matices y, por tanto, el instituto del conflicto de intereses, al ser del resorte del fuero interno, debe ser valorado con especial cuidado para no vulnerar los derechos y hacer inanes los alcances de la ley.

Teniendo en cuenta las consideraciones en precedencia, le corresponde a la Administración, al contratista o al interesado analizar cada caso en particular para determinar si una persona se encuentra incurso en un conflicto de intereses, esto es, la concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la toma de alguna decisión, en cuyo caso quien deba tomarla estará obligado a declararse impedido para hacerlo.

Por consiguiente, en caso de que considere que en su ejercicio puede incurrir en alguna de las causales de conflicto de intereses anotadas en precedencia, por tener un interés particular y directo en algún asunto concreto, deberá declararse impedido para actuar conforme a los criterios anteriormente anunciados, a efectos de no configurar una falta gravísima.

De acuerdo con lo expuesto y atendiendo puntualmente su interrogante, le indico que le corresponde a la Administración y contratista determinar si existe algún conflicto de interés en el caso que se cumplan actividades de manejo contable de los establecimientos educativos oficiales, concomitantemente con las obligaciones relacionadas con la auditoría interna, control interno contable y demás actividades relacionadas con el control contable y financiero de la entidad pública contratante

2.- Al segundo interrogante de su escrito, relacionado con *“b. ¿En caso afirmativo, como se pueden realizar dichas actividades, sin violar legalmente los principios de la ética profesional del contador público, especialmente la independencia, integridad, objetividad, responsabilidad, transparencia e imparcialidad de la fe pública, sobre los actos propios de su profesión en las actividades que efectúa directamente para la parte contratante?* Le indico que de las facultades y competencias atribuidas a este Departamento Administrativo no se evidencia una que lo autorice para pronunciarse en relación con la ética profesional del contador público, por consiguiente, no es procedente hacer un pronunciamiento frente al particular.

3.- En atención al tercer interrogante de su escrito, relacionado con determinar la autoridad competente para adelantar las auditorías internas y ejercer el control interno en los establecimientos educativos oficiales del nivel territorial, le indico:

La Constitución Política establece la obligatoriedad de las entidades públicas para implementar el control interno, en los siguientes términos:

«ARTICULO 209. (...) Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.” (Subrayado fuera de texto)

“ARTICULO 269. En las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas.» (Subrayado fuera de texto)

Según lo disponen los artículos 209 y 269 de la Constitución Política, el sistema de control interno debe implementarse y mantenerse en todas las entidades públicas, de conformidad con lo que disponga la ley.

Ahora bien, mediante la expedición de la Ley 87 de 1993 y la Ley 1474 de 2011 el Legislador establece normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado.

Así las cosas, se considera que para determinar si los establecimientos educativos oficiales son destinatarias del artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, por el cual se modifica el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, es necesario revisar su campo de aplicación. Al respecto, el artículo 5 de la Ley 87 de 1993, señala lo siguiente:

«ARTÍCULO 5. CAMPO DE APLICACIÓN. La presente Ley se aplicarán todos los organismos y entidades de las Ramas del Poder Público en sus diferentes órdenes y niveles, así como en la organización electoral, en los organismos de control, en los establecimientos públicos, en las

empresas industriales y comerciales del Estado, en las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado posea el 90% o más de capital social, en el Banco de la República y en los fondos de origen presupuestal.»

De acuerdo con lo expuesto, se puede colegir que, por expresa disposición legal, las disposiciones en materia de control interno contenidas en la Ley 87 de 1993 y la Ley 1474 de 2011 se aplican a los establecimientos públicos, como es el caso de los establecimientos educativos oficiales.

Así cosas, y atendiendo puntualmente su interrogante, se precisa que por expresa disposición Constitucional y legal, los establecimientos educativos oficiales deben contar con un control interno.

4.- A su cuarto y quinto interrogante, le indico que este Departamento Administrativo no cuenta con la facultad legal para pronunciarse en materia disciplinaria, en consecuencia, no es procedente efectuar un pronunciamiento frente al particular.

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 PÁGINA

1. "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"

2. "Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones"

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:59:37