



Función Pública

Concepto 159671 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000159671

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000159671

Fecha: 06/05/2021 06:17:03 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Jefe de Control Interno – Jefe de contratación como jefe de control interno disciplinario de ESE, Jefe control interno elegir miembro de junta RADICACIÓN: 20212060196972 del 19 de abril de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual se consulta:

1) PUEDE EL JEFE DE LA OFICINA DE CONTRATACION DE UNA ESE SER A LA VEZ EL JEFE DE LA OFICINA DE CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO DE LA MISMA ENTIDAD. (Destacado fuera del texto)

2) PUEDE EL ASESOR Y/O COORDINADOR DE CONTROL INTERNO DE UNA ESE VOTAR PARA ELEGIR UN MIEMBRO DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA MISMA ENTIDAD?

3) ¿PUEDE UN FUNCIONARIO DE UNA ESE QUE ESTA GOZANDO DE UNA LICENCIA NO REMUNERADA FIRMAR Y EJECUTAR CONTRATO CON UNA ENTIDAD PRIVADA?

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no funge como ente de control, no le corresponde la valoración de los casos particulares y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos, para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos o para decidir si una persona incurrió o no en causal de inhabilidad; estas últimas competencias están atribuidas a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, debe indicarse en primer lugar que el interrogante No. 1 de su petición no resulta claro, pues pregunta si el jefe de la oficina de contratación de una ESE puede ser a la vez el jefe de control interno disciplinario de la misma entidad; sin embargo, no se especifica si lo que se pretende es asignar al jefe de contratación funciones del jefe de control interno disciplinario, o si por el contrario, lo que se va a realizar es un nuevo nombramiento.

En este punto debe aclararse que, el Artículo 128 constitucional señala que, *“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”* (Subraya fuera de texto).

Ahora bien, es importante señalar que la Ley 734 de 2002 *“Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”*, señala:

“ARTÍCULO 34. DEBERES. Son deberes de todo servidor público:

(...)

32. Implementar el Control Interno Disciplinario al más alto nivel jerárquico del organismo o entidad pública, asegurando su autonomía e independencia y el principio de segunda instancia, de acuerdo con las recomendaciones que para el efecto señale el Departamento Administrativo de la Función Pública, a más tardar para la fecha en que entre en vigencia el presente código, siempre y cuando existan los recursos presupuestales para el efecto.

“ARTÍCULO 76. CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO. Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias.

En aquellas entidades u organismos donde existan regionales o seccionales, se podrán crear oficinas de control interno del más alto nivel, con las competencias y para los fines anotados.

En todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario.

En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia.

(...)

PARÁGRAFO 2o. Se entiende por oficina del más alto nivel la conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración.

PARÁGRAFO 3o. Donde no se hayan implementado oficinas de control interno disciplinario, el competente será el superior inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico de aquél.” (Destacado fuera del texto)

En igual sentido, mediante CIRCULAR CONJUNTA No. 001 DE 2002 entre este Departamento Administrativo y la Procuraduría General de la Nación, impartió instrucciones para la implementación u organización de la unidad u oficina de control disciplinario interno, señalando:

“El nuevo Código Disciplinario Único, Ley 734 de febrero 5 de 2002, en el numeral 32 del Artículo 34, referente a los deberes de todo servidor público, y en el Artículo 76, sobre el Control Disciplinario Interno, determina que toda entidad u organismo del Estado deberá implementar u organizar una unidad u oficina de control disciplinario interno, al más alto nivel jerárquico, encargada de adelantar la indagación preliminar, investigar y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios contra los servidores públicos de la respectiva entidad, asegurando su autonomía e independencia y el principio de segunda instancia.

De acuerdo con lo anterior, es un deber para cada uno de los organismos y entidades del Estado garantizar, a su interior, la función disciplinaria, cuyo incumplimiento generará la responsabilidad consiguiente de conformidad con lo previsto en los Artículos 23 y 48 numeral 4º, del Código Disciplinario Único.

(...)” (Destacado fuera del texto)

De acuerdo a lo anterior, las entidades deben implementar el Control Interno Disciplinario al más alto nivel jerárquico del organismo o entidad pública, asegurando su autonomía e independencia y el principio de segunda instancia.

Así las cosas, y en virtud de garantizar la autonomía de la oficina de Control interno disciplinario, de acuerdo con el objeto y las funciones de asesoría y evaluación que cumple la oficina de control interno disciplinario, esta Dirección Jurídica considera que no resulta procedente que se le asignen funciones propias del jefe de control interno disciplinario al jefe de Contratación, ya que dicha designación permitirá que la oficina de control interno disciplinario se constituya en juez y parte en la gestión de la administración, en este caso en los procesos contractuales, en la medida que controlaría y evaluaría su propia gestión, hecho que desvirtúa la naturaleza de evaluador y asesor independiente que predica la norma citada.

Ahora bien, para abordar su interrogante No. 2, relacionado con la procedencia de que el asesor y/o coordinador de control interno de una ESE vote para elegir un miembro de la junta directiva de la misma entidad se hace necesario indicar que, frente a las funciones designadas al Jefe de Control Interno o quien haga sus veces en las entidades del Estado, la Ley 87 de 1993, dispone en su Artículo 12 lo siguiente:

ARTÍCULO 12º.- FUNCIONES DE LOS AUDITORES INTERNOS. *Serán funciones del asesor, coordinador, auditor interno o similar las siguientes:*

a) Planear, dirigir y organizar la verificación y evaluación del sistema de control Interno;

b) Verificar que el Sistema de Control Interno esté formalmente establecido dentro de la organización y que su ejercicio sea intrínseco al desarrollo de las funciones de todos los cargos y, en particular, de aquellos que tengan responsabilidad de mando;

c) Verificar que los controles definidos para los procesos y actividades de la organización, se cumplan por los responsables de su ejecución y en especial, que las áreas o empleados encargados de la aplicación del régimen disciplinario ejerzan adecuadamente esta función;

d) Verificar que los controles asociados con todas y cada una de las actividades de la organización estén adecuadamente definidos, sean apropiados y se mejoren permanentemente, de acuerdo con la evolución de la entidad;

e) Velar por el cumplimiento de las leyes, normas, políticas, procedimientos, planes, programas, proyectos y metas de la organización y recomendar los ajustes necesarios;

f) Servir de apoyo a los directivos en el proceso de toma de decisiones, a fin que se obtengan los resultados esperados;

g) Verificar los procesos relacionados con el manejo de los recursos, bienes y los sistemas de información de la entidad y recomendar los correctivos que sean necesarios;

h) Fomentar en toda la organización la formación de una cultura de control que contribuya al mejoramiento continuo en el cumplimiento de la misión institucional;

i) Evaluar y verificar la aplicación de los mecanismos de participación ciudadana, que en desarrollo del mandato constitucional y legal, diseñe la entidad correspondiente;

j) Mantener permanentemente informados a los directivos acerca del estado del control interno dentro de la entidad, dando cuenta de las

debilidades detectadas y de las fallas en su cumplimiento;

k) Verificar que se implanten las medidas respectivas recomendadas;

l) Las demás que le asigne el jefe del organismo o entidad, de acuerdo con el carácter de sus funciones.

PARÁGRAFO. - En ningún caso, podrá el asesor, coordinador, auditor interno o quien haga sus veces, participar en los procedimientos administrativos de la entidad a través de autorizaciones y refrendaciones.” (Destacado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, la labor de las oficinas de control interno es prominentemente asesora y sus labores operativas se limitan exclusivamente a las necesarias para formarse un juicio sobre la materia objeto de análisis; conforme a ello, el asesor, coordinador, auditor interno tiene entre otras funciones, verificar que los controles definidos para los procesos y actividades de la organización, se cumplan por los responsables de su ejecución y en especial, que las áreas o empleados encargados de la aplicación del régimen disciplinario ejerzan adecuadamente esta función, así como también verificar que los controles asociados con todas y cada una de las actividades de la organización estén adecuadamente definidos, sean apropiados y se mejoren permanentemente.

En igual sentido, al asesor, coordinador, auditor interno le corresponde velar por el cumplimiento de las leyes, normas, políticas, procedimientos, planes, programas, proyectos y metas de la organización y recomendar los ajustes necesarios y servir de apoyo a los directivos en el proceso de toma de decisiones. Señala la norma que, el asesor, coordinador, auditor interno o quien no se encuentra facultado para participar en los procedimientos administrativos de la entidad a través de autorizaciones o refrendaciones.

-

Así mismo se indica que, el parágrafo del Artículo 12 de la Ley 87 de 1993 se estipuló que los Jefes de Control interno no deberán participar en los procedimientos administrativos mediante autorizaciones y refrendaciones, y es por esa razón que tienen la posibilidad de conocer con mayor libertad e independencia la gestión de la organización para hacer las recomendaciones de mejoramiento pertinentes.

En consecuencia, es procedente tener en cuenta que de acuerdo con el objeto y las funciones de asesoría y evaluación que cumple la oficina de control interno, la presencia del Jefe de Control Interno en los distintos comités de la entidad, debe ser como invitado mas no como integrante de los mismos, ni como Secretario, toda vez que no debe participar en la toma de decisiones, solamente puede emitir opiniones en calidad de asesoría o recomendación, las cuales no revisten de obligatoriedad en la decisión que adopte el comité respectivo.

Así las cosas, se considera que la participación del jefe, asesor, coordinador de la oficina de control interno, en instancias internas es solo con voz pero sin voto, ya que el parágrafo del Artículo 12 les prohíbe participar en actos de la administración. Para el presente caso, en criterio de esta Dirección Jurídica no será procedente que el jefe de Control interno disciplinario, vote para elegir un miembro de la junta directiva.

En cuanto a su interrogante No. 3), mediante el cual consulta si un funcionario de una E.S.E que está gozando de una licencia no remunerada puede firmar y ejecutar contrato con una entidad privada, me permito señalar que la Constitución Política, establece lo siguiente:

“ARTICULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.(...)” (Destacado fuera del texto)

En igual sentido se expresa el Artículo 19 de la ley 4 de 1992, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones (...)»

De conformidad con lo previsto en la Constitución Política y en la Ley 4 de 1992, se tiene que la prohibición para el servidor público de recibir más de una asignación, se predica de aquellas que provengan del tesoro público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Así mismo, existe prohibición para que los servidores públicos celebren por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

Ahora bien, de acuerdo al Decreto 1083 de 2015, señala:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.3 Licencia. Las licencias que se podrán conceder al empleado público se clasifican en:

1. No remuneradas:

1.2. Ordinaria.

(...)

PARÁGRAFO. Durante las licencias el empleado conserva su calidad de servidor público y, por lo tanto, no podrá desempeñar otro cargo en entidades del Estado, ni celebrar contratos con el Estado, ni participar en actividades que impliquen intervención en política, ni ejercer la profesión de abogado, salvo las excepciones que contemple la ley.

“ARTÍCULO 2.2.5.5.5 Licencia ordinaria. La licencia ordinaria es aquella que se otorga al empleado por solicitud propia y sin remuneración, hasta por sesenta (60) días hábiles al año, continuos o discontinuos. En caso de causa justificada, a juicio del nominador, la licencia podrá prorrogarse hasta por treinta (30) días hábiles más.

La solicitud de licencia ordinaria o de su prórroga deberá elevarse por escrito al nominador, y acompañarse de los documentos que la justifiquen, cuando se requiera.

Cuando la solicitud de ésta licencia no obedezca a razones de fuerza mayor o de caso fortuito, el nominador decidirá sobre la oportunidad de concederla, teniendo en cuenta las necesidades del servicio.

La licencia ordinaria una vez concedida no es revocable por la autoridad que la confiere, no obstante, el empleado puede renunciar a la misma mediante escrito que deberá presentar ante el nominador.”

En virtud de lo expuesto, la licencia ordinaria hace parte de las situaciones administrativas en las que se puede encontrar inmerso un servidor público vinculado con la administración pública. La licencia ordinaria es aquella que se otorga al empleado por solicitud propia y sin remuneración, hasta por sesenta (60) días hábiles al año, continuos o discontinuos. En caso de causa justificada, a juicio del nominador, la licencia podrá prorrogarse hasta por treinta (30) días hábiles más.

Así mismo señala la norma que, un empleado público que se encuentra en la situación administrativa de licencia ordinaria, no pierde la calidad de servidor público, por consiguiente, durante el tiempo de la licencia y sus prórrogas no podrá desempeñar otro empleo, ni celebrar contratos con el Estado.

Ahora bien, la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, señala:

“ARTÍCULO 34. LOS DEBERES. Son deberes de todo servidor público: (...)

11. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.”

(...)”

“ARTÍCULO 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

(...)

22. Prestar, a título particular, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, hasta por un término de un año después de la dejación del cargo o permitir que ello ocurra...”

Por otra parte, el Decreto 2400 de 1968, por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones, expresa:

“ARTÍCULO 8º. A los empleados les está prohibido:

“Realizar actividades ajenas al ejercicio de sus funciones durante la jornada de trabajo; abandonar o suspender sus labores sin autorización previa; retardar o negar injustificadamente el despacho de los asuntos o la prestación del servicio a que estén obligados; (...)”

De acuerdo a lo anterior, es deber de todo servidor público dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales

Así las cosas, una vez adelantada la revisión de las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, principalmente las contenidas entre otras 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 8 del Decreto 2400 de 1968, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que no hay impedimento para que un servidor público (distinto de los abogados²), pueda celebrar un contrato con una empresa privada, siempre y cuando dicha entidad no maneje o administre recursos públicos, salvo las excepciones legales y sus servicios los preste fuera de su jornada laboral, en caso contrario se violaría el deber legal de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario al desempeño de las labores encomendadas, como servidor público.

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: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

[1] Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

[1] Artículo 29 de la Ley 1123 de 2007

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:17:37