



Función Pública

Concepto 115941 de 2013 Departamento Administrativo de la Función Pública

20136000115941

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20136000115941

Fecha: 25/07/2013 10:19:58 a.m.

Bogotá, D.C.

REF.: EMPLEOS. ¿Los artículos 8 y 9 de la Ley 1474 de 2011 son aplicables a las empresas de servicios públicos domiciliarios? RAD. 20132060097602.

En atención a su comunicación contenida en el oficio de la referencia, remitida a esta Dirección Jurídica por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, me permito manifestarle lo siguiente:

Para determinar si las empresas de servicios públicos son destinatarias del artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, por el cual se modifica el artículo 11 de la Ley 87 de 1993¹, es necesario revisar su campo de aplicación.

Frente al campo de aplicación, 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."

A su vez, la Ley 142 de 1994², consagra:

"ARTÍCULO 14. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

"(...)"

14.5. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

"(...)" (Subrayado fuera de texto)

"ARTÍCULO 17. NATURALEZA. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios

públicos de que trata esta ley.

“(…)”

PARÁGRAFO 1. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.”

“ARTÍCULO 46. CONTROL INTERNO. Se entiende por control interno el conjunto de actividades de planeación y ejecución, realizado por la administración de cada empresa para lograr que sus objetivos se cumplan.

El control interno debe disponer de medidas objetivas de resultado, o indicadores de gestión, alrededor de diversos objetivos, para asegurar su mejoramiento y evaluación”.

“ARTÍCULO 49. RESPONSABILIDAD POR EL CONTROL INTERNO. El control interno es responsabilidad de la gerencia de cada empresa de servicios públicos. La auditoría interna cumple responsabilidades de evaluación y vigilancia del control interno delegadas por la gerencia. La organización y funciones de la auditoría interna serán determinadas por cada empresa de servicios públicos.”

Con fundamento en la anterior disposición, se puede concluir, que de acuerdo con el campo de aplicación de la Ley 87 de 1993, son destinatarios de dicha ley y de sus modificaciones, las empresas sociales del estado, las empresas prestadoras de servicios públicos oficiales o las que tengan el carácter de empresa industrial y comercial del Estado o las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado posea el 90% o más de capital social.

Ahora bien, 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.

PARÁGRAFO 1. Para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno se deberá acreditar formación profesional y experiencia mínima de tres (3) años en asuntos del control interno.

PARÁGRAFO 2. El auditor interno, o quien haga sus veces, contará con el personal multidisciplinario que le asigne el jefe del organismo o entidad, de acuerdo con la naturaleza de las funciones del mismo. La selección de dicho personal no implicará necesariamente aumento en la planta de cargos existente.”

“ARTÍCULO 9. REPORTES DEL RESPONSABLE DE CONTROL INTERNO. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:

El jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno o quien haga sus veces en una entidad de la rama ejecutiva del orden nacional será un servidor público de libre nombramiento y remoción, designado por el Presidente de la República.

Este servidor público, sin perjuicio de las demás obligaciones legales, deberá reportar a los Organismos de Control, los posibles actos de corrupción e irregularidades que haya encontrado en el ejercicio de sus funciones. (Modificado por el artículo 231 del Decreto 019 de 2012)

El jefe de la Unidad de la Oficina de Control Interno deberá publicar cada cuatro (4) meses en la página web de la entidad, un informe pormenorizado del estado del control interno de dicha entidad, so pena de incurrir en falta disciplinaria grave.

Los informes de los funcionarios del control interno tendrán valor probatorio en los procesos disciplinarios, administrativos, judiciales y fiscales cuando las autoridades pertinentes así lo soliciten.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para ajustar el periodo de qué 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.”

Teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 8 y 9 de la Ley 1474 de 2011, se infiere que estos aplican a las entidades estatales de la Rama Ejecutiva, tanto del nivel nacional como del territorial.

Sobre la conformación de la Rama Ejecutiva, la Ley 489 de 1998, en los artículos 38, 68 y 84 de señala:

“ARTÍCULO 38. LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO EN EL ORDEN NACIONAL. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

2. Del Sector descentralizado por servicios:

(...)

d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios; (...).” (Subrayado fuera de texto)

“ARTÍCULO 68.- ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente Ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizadas, sujetas a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

PARÁGRAFO 1.- De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios pertenecen al sector descentralizado de la rama ejecutiva del poder público en el nivel nacional o territorial, según corresponda.

En este orden de ideas, y atendiendo puntualmente su consulta, se considera que a las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales, entendida como aquella cuyo capital de la Nación y de las entidades territoriales o descentralizadas es del 100% de los aportes y, a las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado posea el 90% o más de capital social, les es aplicable el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, por pertenecer al sector descentralizado de la rama ejecutiva del poder público.

En consecuencia, en las entidades de la Rama Ejecutiva el cargo de jefe de control interno deberá ser provisto atendiendo lo dispuesto en la Ley 1474 de 2011, que dispuso que el nominador en las entidades del nivel nacional es el Presidente de la República y en el nivel territorial es la máxima autoridad administrativa, es decir, el Alcalde o el Gobernador, estableciendo además, que en el orden territorial el empleo se clasifica como de periodo y en el nivel nacional continúa siendo de libre nombramiento y remoción.

Es preciso aclarar, que en aquellas entidades donde no exista el cargo no surge la obligación de crearlo, toda vez que la Ley no lo dispone así; sin embargo, de considerar procedente su creación corresponderá al nominador adelantar una modificación de la planta de personal observando lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y su Decreto reglamentario 1227 de 2005, lo que quiere decir, que la reforma de la Planta de Personal de la entidad, que conlleve la creación de cargos, debe fundarse en un estudio técnico, donde aparezcan debidamente justificadas las decisiones que se deban tomar.

Ahora bien, de lo antes expuesto es claro que el ejercicio del Control Interno y el diseño de métodos y procedimientos de control interno,

(Artículo 209 y 169 C.P.) son independientes de la existencia de la Oficina de Control, ello quiere decir, que una entidad del Estado puede no contar con la existencia de esta oficina, sin embargo, debe tener un control interno incluido el diseño de métodos y procedimientos de control interno, pues este evento no releva a su Dirección de la responsabilidad en materia de control interno.

En este sentido el párrafo 1°, del artículo 75 de la Ley 617 de 2000 establece que las funciones de control interno y de contaduría podrán ser ejercidas por dependencias afines dentro de la respectiva entidad territorial en los municipios de 3ª, 4ª, 5ª y 6ª categorías.

Estas dependencias afines serán las que cumplan funciones de verificación, evaluación y asesoría de la actividad administrativa, como lo sería por ejemplo, la Oficina de Planeación.

Ahora bien, al interior de estas dependencias podrá asignarse las funciones de control interno al empleado que de acuerdo con el manual específico de funciones de la entidad, el nivel jerárquico, la naturaleza jerárquica y el área funcional, pueda ejercerlas sin que con ello se desvirtúe las finalidades para la cual se creó el empleo del cual es titular.

Sobre el tema de la asignación de funciones, la Corte Constitucional en sentencia C-447 de 1996, expresó:

“...Cuando el artículo 122 de la Constitución Nacional exige fijar las funciones de los empleos públicos, entre otros actos por medio de reglamentos, no se está refiriendo exclusivamente a la ley que determina la estructura orgánica de la entidad pública, ni al Manual General de Funciones que expide el Presidente de la República, sino también al manual específico de funciones de cada entidad...”

“Las funciones concretas o específicas que le corresponde cumplir a cada uno de esos empleos en el ente gubernamental al que pertenezca el cargo, son fijadas por el jefe del organismo respectivo en el llamado Manual Específico de Funciones que, dicho sea de paso, no puede violar normas de superior jerarquía, esto es, la Constitución y las leyes. (...) Nada impide que mediante reglamentos se asigne por parte del Presidente de la República, del jefe de la entidad respectiva, e inclusive de los jefes inmediatos o de cualquier otra autoridad competente del mismo organismo, funciones a los empleados de un determinado ente público (...) siempre y cuando no se desconozcan los lineamientos generales señalados en el Manual General de Funciones y no se desvirtúen los objetivos de la institución y la finalidad para la cual se creó el empleo.”
(Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con la jurisprudencia en cita, el Jefe de la entidad no puede asignar funciones que sean extrañas al nivel jerárquico, la naturaleza jerárquica, el área funcional y responsabilidades del empleo. En consecuencia, la figura de la asignación de funciones solo es posible acudir cuando las mismas resulten compatibles y connaturales al cargo respecto del cual van a ser asignadas.

Por otra parte, la Ley 87 de 1993, al desarrollar el artículo 269 constitucional, en relación a los servicios que se pueden contratar en materia de control interno, dispuso:

“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.

En consecuencia, en criterio de esta Dirección, 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 la contratación del servicio de la organización del

Sistema de Control Interno y el ejercicio de las auditorías internas sea con empresas privadas colombianas especializadas, de reconocida capacidad y experiencia.

Aclarado lo anterior, nos referiremos a la vinculación de un contratista de prestación de servicios para el desempeño del cargo o del rol de jefe de control interno, comenzando por explicar que la relación de las personas vinculadas mediante contrato de prestación de servicios, se rige por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, que dispone en el numeral tercero del artículo 32, lo siguiente:

“ (...)

3. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

Como puede observarse, la norma es clara al señalar que los contratistas de prestación de servicios deben cumplir funciones que no puedan realizarse con personal de planta, bien porque el personal es insuficiente o porque se trata de actividades transitorias, toda vez que no son servidores públicos sino particulares contratistas, no pueden ser considerados ni empleados públicos ni trabajadores oficiales y su relación está regulada por el contrato y por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993.

En virtud de lo expuesto, en criterio de esta Dirección, no es viable contratar mediante esta figura funciones públicas que deben ser desempeñadas de manera permanente, como lo es el empleo de Jefe de Oficina de Control Interno.

En este orden de ideas, se concluye que el control interno en las entidades de la Administración debe ser ejercido en los términos que señala la ley, es decir, en aquellas entidades donde no exista el cargo no surge la obligación de crearlo, ni de tener una oficina de control interno, toda vez que la Ley no lo dispone así. La norma contempla que en los municipios de 3ª, 4ª, 5ª y 6ª categorías estas funciones sean ejercidas por dependencias afines dentro de la respectiva entidad territorial, o que la organización del Sistema de Control Interno y el ejercicio de las auditorías internas sea contratado con empresas privadas colombianas especializadas, de reconocida capacidad y experiencia, lo cual debe estar sustentado en un estudio técnico.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ “Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones”

² “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”

Maia Borja/CPHL/ER. 9760-13

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 02:52:28