



Función Pública

Concepto 76931 de 2015 Departamento Administrativo de la Función Pública

20156000076931

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000076931

Fecha: 07/05/2015 12:04:34 p.m.

Bogotá D. C.,

REFERENCIA: VARIOS. Creación Oficina de Control Interno Disciplinario – Conformación en la Corporación para el Fomento de la Educación Superior RADICACION: 2015-206-005517-2 del 20 de marzo de 2015

En atención a su comunicación de la referencia, me permito manifestarle lo siguiente:

PLANTEAMIENTO JURIDICO 1

¿La Corporación para el Fomento de la Educación Superior, tiene la obligación de implementar oficina de Control Interno Disciplinario?

FUENTES FORMALES Y ANALISIS

La Corporación para el Fomento de la Educación Superior, tiene su creación con fundamento en la Ordenanza 44 del 17 de septiembre de 2013, de la Asamblea Departamental de Antioquia, así

“ARTICULO PRIMERO: modifíquese el artículo primero de la Ordenanza 01 de 2013, el cual quedará así:

ARTICULO PRIMERO: Autorizase al Gobernador para que con la participación de personas jurídicas públicas, privadas, nacionales o internacionales, constituya una entidad mixta sin ánimo de lucro, en los términos del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, para la gerencia de la política de acceso a la educación superior de los estudiantes de escasos recursos económicos que ingresan a los programas de las instituciones de educación superior del Departamento de Antioquia, de conformidad con los planes de desarrollo departamental y municipal.”

Según lo establecido el artículo 5 de los estatutos de dicha Corporación, su patrimonio estará conformado por los aportes del presupuesto General del Departamento de Antioquia, los aportes de la Fundación EPM, los aportes que realice el Instituto para el Desarrollo de Antioquia –

IDEA y otros aportes que en el futuro realicen entidades públicas o privadas.

La naturaleza jurídica de la Corporación para el Fomento de la Educación Superior, prevista en el artículo 1 de sus estatutos es la de una persona jurídica sin ánimo de lucro, de nacionalidad colombiana, de beneficio social, de utilidad común e interés social, de carácter privado, independiente de las personas que la componen, creada bajo los parámetros del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, con participación de entidades estatales, como un entidad descentralizada de forma indirecta del orden departamental de Antioquia.

Lo anterior con desarrollo por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ¹ que se encarga de determinar los parámetros de régimen jurídico aplicable a las asociaciones mixtas creadas bajo el artículo 96 de la Ley 489, en los siguientes términos:

“al igual que las personas que nacen a la vida jurídica en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 95 de la ley 489 de 1998, las asociaciones de carácter mixto del artículo 96 ibídem, también tienen el carácter de entidades descentralizadas indirectas, según lo previsto en los artículos 38 y 68 de la misma ley.

De acuerdo con el carácter de entidades descentralizadas indirectas que ostentan, la Sala considera que éstas deberán adscribirse a un organismo o ente del sector central, pues la conexidad que debe existir entre el objeto de la misma y las funciones o cometidos de las entidades estatales que en ella participen, exigen un control directo de los organismos del nivel central, para de esta manera garantizar la coherencia de los proyectos que éstas desarrollen con la política del sector al cual pertenezcan. Lo anterior, sin perjuicio del control que se ejerza a través de la participación de las entidades públicas en la dirección de la asociación mixta en los términos del artículo 109 de la ley 489 de 1998. (subrayado fuera de texto)

En aplicación del artículo 50 ibídem, sus miembros deberán establecer en el acto de creación el ente u organismo del sector central del nivel nacional o territorial al cual deberán adscribirse. Cuando de la asociación hacen parte varias entidades estatales de diferente naturaleza y orden administrativo, se deberán ponderar entre ellas, los criterios generales sugeridos por esta Sala en el capítulo anterior, esto es, la naturaleza de las funciones administrativas o del servicio que se otorgue a la persona jurídica, el ámbito donde se ejercerán dichas funciones o prestar el servicio y la proporción de la participación de cada entidad

En cuanto a la conformación de la Rama ejecutiva del poder público, la Ley 489 de 1998 contempla lo siguiente:

“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:

a. Los establecimientos públicos;

b. Las empresas industriales y comerciales del Estado;

c. Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;

d. Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

NOTA: Expresión subrayada declarada EXEQUIBLE mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-736 DE 2007.

e. Los institutos científicos y tecnológicos;

f. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta.

g. Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. "Negrilla 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 descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

PARÁGRAFO 1º.-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 entidades descentralizadas indirectas pertenecen al sector descentralizado de la rama ejecutiva del poder público en el nivel nacional o territorial, según corresponda.

La Corporación para el Fomento de la Educación Superior, según su acto de creación y sus estatutos, es una entidad descentralizada indirecta, con una participación mayoritaria de entidades estatales, la cual hace parte del sector descentralizado del nivel departamental, toda vez que la participación mayoritaria se encuentra en cabeza de la Gobernación de Antioquia, la Fundación EPM y el Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA.

Ahora bien, respecto de la calidad de las personas que prestan los servicios a las entidades estatales la Corte Constitucional mediante sentencia C-736 del 19 de septiembre de 2007, se ha pronunciado en los siguientes términos:

"6.2.2. Ahora bien, utilizando un criterio orgánico, el artículo 123 de la Carta señala que "son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios". (Subraya la Corte) A su turno, el artículo 125 ibídem establece que "(l)os empleos en los órganos y entidades del Estado son carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley". Con base en estas dos normas, la Corte ha hecho ver que la noción de "servidor público" es un género que comprende diferentes especies, cuales son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales, [64] estos últimos, como es sabido, no se vinculan a la Administración mediante situación legal y reglamentaria, sino mediante contrato de trabajo, al contrario de lo que sucede con los empleados públicos. La jurisprudencia también ha hecho ver que la anterior clasificación emana de la Carta misma, pero que ello no obsta para que el legislador pueda establecer nuevas denominaciones, clases o grupos de servidores públicos diferentes de las mencionadas, para lo cual está revestido de facultades expresas en virtud de lo dispuesto por el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución Política. [65] Así pues, en virtud

de los dispuesto por el artículo 123 superior, debe concluirse que los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas, entre ellos los de las sociedades de economía mixta y los las empresas de servicios públicos, son servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas.

De acuerdo con el anterior pronunciamiento las personas que prestan sus servicios a las entidades estatales sean éstas del nivel central o descentralizado así se rijan por el derecho privado tendrán la calidad de servidores públicos.

Ahora bien, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, respecto a quienes tiene la calidad de servidores públicos, para efectos disciplinarios, señala:

“ARTÍCULO 25. DESTINATARIOS DE LA LEY DISCIPLINARIA. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código.

Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código.

Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria. “(Negrilla fuera de texto)

De conformidad con la citada disposición tienen la calidad de servidores públicos los gerentes de las entidades descentralizadas que se creen y organice por el estado o con participación mayoritaria del mismo, es decir que a estos servidores se les aplica las normas del Código Único Disciplinario.

Sobre la organización de las Oficinas de Control Interno Disciplinario, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, establece:

“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.” (Subrayado fuera de texto)

“ARTÍCULO 77. SIGNIFICADO DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO. Cuando en este código se utilice la locución "control disciplinario interno" debe entenderse por tal, la oficina o dependencia que conforme a la ley tiene a su cargo el ejercicio de la función disciplinaria.” (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con la anterior disposición, toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá implementar u organizar una unidad u oficina de control disciplinario interno, al más alto nivel, 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.

Sobre la conformación de esta Oficina, el parágrafo 2o. del mismo artículo define la “oficina del más alto nivel” como aquella conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración.

Al respecto, la Circular Conjunta No. 001 del 2 de abril de 2002, expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Procuraduría General de la Nación, dirigida a los representantes legales de los organismos y entidades de las Ramas y Órganos del Estado en todos sus órdenes y niveles, referente a las Oficinas de Control Disciplinario Interno en el Nuevo Código Disciplinario Único, precisó:

“IMPLEMENTACION U ORGANIZACIÓN DE LA UNIDAD U OFICINA DE CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO

a) A efectos de garantizar tanto la autonomía de la Unidad u Oficina de Control Disciplinario Interno y el principio de segunda instancia, la cual, por regla general corresponde al nominador, así como la racionalidad de la gestión, el mecanismo para cumplir la función disciplinaria será la conformación de un GRUPO FORMAL DE TRABAJO, mediante acto interno del jefe del organismo, adscrito a una de las dependencias del segundo nivel jerárquico de la organización, coordinado por el Director de dicha dependencia.

b) En el evento en que la magnitud de la entidad o la índole de la función, determinen un volumen significativo de procesos disciplinarios, que haga necesaria la creación de una oficina disciplinaria dentro de la estructura formal de la entidad, deberá adelantarse el trámite técnico, administrativo y presupuestal necesario para formalizar, en una norma expedida por autoridad competente, (Decreto nacional, Ordenanza departamental, Acuerdo distrital o municipal, etc) la Oficina Disciplinaria, con la denominación que corresponda a la estructura organizacional. (Ej. Subdirección, División, Oficina, Unidad, etc de control disciplinario interno).

A dicha dependencia se asignarán los cargos que se requieran, ya sea modificando la planta de personal o reubicando internamente los ya existentes. La segunda instancia en este caso recaerá igualmente en el nominador.

Las entidades y organismos que ya cuenten con la Oficina o el Grupo antes descritos, continuarán con ellos, adecuándolos a las condiciones señaladas en el Código y a las nuevas competencias contempladas en el mismo.

Cuando la entidad cuente con una planta de personal muy reducida, que haga imposible la conformación del grupo de trabajo, la función disciplinaria se ejercerá, de conformidad con lo previsto en el Parágrafo 3º del artículo 76 del Código Disciplinario Único, por el jefe inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico del mismo. En este caso se entiende por jefe inmediato, a la luz de las normas de administración de personal vigentes, el coordinador o jefe de dependencia o el jefe del organismo, según el caso.

Cuando el superior inmediato sea el jefe del organismo, la segunda instancia corresponderá a la Procuraduría General de la Nación, a través del funcionario competente en dicho organismo de control.”

Para el caso particular de la Corporación para el Fomento de la Educación Superior, en razón a que únicamente es sujeto disciplinable el Director, se considera que no se debe organizar una oficina, por cuanto de ser necesaria la apertura de una investigación disciplinaria, la misma será adelantada por la Procuraduría General de la Nación con el fin de garantizar la doble instancia en virtud del artículo 7 del Decreto 262 del 2000 por el cual se consagra la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación.

De este modo, se impone que sea la Procuraduría General de la Nación, el organismo competente para avocar el conocimiento de las diligencias que se adelanten en contra de los mencionados funcionarios de los organismos descentralizados.

PLANTEAMIENTO JURIDICO 2

¿La Corporación para el Fomento de la Educación Superior, tiene la obligación de implementar oficina de Control Interno?

FUENTES FORMALES Y ANALISIS

La Constitución Política de Colombia 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 control interno debe implementarse en todas las entidades públicas, de conformidad con lo que disponga la ley por lo que es claro que las entidades descentralizadas, incluyendo los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las empresas de servicios públicos, las sociedades de economía mixta, no están exentas de esta obligación.

Por su parte, la Ley 87 de 1993, “Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones”, establece:

“ARTÍCULO 5°. CAMPO DE APLICACIÓN. La presente Ley se aplicarán <sic> 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.” (Subrayado y negrilla nuestro)

Conforme lo establece el artículo 5º de la Ley 87 de 1993, la misma se aplica a todos los organismos y entidades de las Ramas del Poder Público en sus diferentes órdenes y niveles, incluyendo a entidades del sector descentralizado indirectas, por lo tanto la Corporación para el Fomento de la Educación Superior tiene la obligación de adoptar e implementar un sistema de Control Interno, siempre y cuando la participación pública en su capital supere el 90%

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEON

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Sentencia nº 11001-03-06-000-2006-00079-00 (1766) de Consejo de Estado - Sala de Consulta, de 9 de Noviembre de 2006

R. Gonzalez /

6004.8.

Fecha y hora de creación: 2025-12-20 08:11:55