



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 1110 de 1998 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

RACS11101998

JEFE DE OFICINA DE CONTROL INTERNO DE EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Naturaleza del cargo.

El Jefe de la Oficina de Control interno, tanto en las entidades que conforman la administración central, como en las entidades descentralizadas, sean del nivel nacional o del nivel territorial, y dentro de éstas se encuentran las empresas industriales y comerciales del Estado, debe ser vinculado como un empleado público de libre nombramiento y remoción. La Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPEPETROL, como empresa industrial y comercial del Estado que es, también debe vincularlo en esa calidad, sin que sea procedente la vinculación como trabajador oficial con un contrato de trabajo, aun cuando se establezca en éste la facultad para el empleador de darlo por terminado, máxime que esta cláusula iría en contravención de las normas que establecen de manera taxativa las justas causas para la terminación unilateral de la relación contractual laboral.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente : CÉSAR HOYOS SALAZAR

Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998). -

Radicación número: 1110

Actor: MINISTERIO DEL INTERIOR

Referencia : JEFE DE LA OFICINA DE CONTROL INTERNO. Naturaleza jurídica de este empleo en las empresas industriales y comerciales del Estado.

El señor Ministro del Interior, doctor Alfonso López Caballero, formula a la Sala la siguiente consulta :

Puede entenderse la expresión "funcionario público", contenida en el artículo 10 de la ley 87 de 1993, referida también a los trabajadores oficiales, considerando que el artículo 11 del mismo ordenamiento precisa que "¿será un funcionario de libre nombramiento y remoción ¿" ?

Puede el nominador de ECOPEPETROL, aplicar válidamente su facultad discrecional de nombramiento y remoción, a un trabajador oficial, por el sólo hecho de ostentar la calidad de Jefe de la Oficina de Control Interno con soporte en el artículo 11 de la ley 87 de 1993?

1. CONSIDERACIONES

El control interno en las entidades estatales. Una de las innovaciones de la Constitución Política de 1991 fue la institucionalización del control interno en las entidades estatales, como instrumento para garantizar la transparencia y la eficiencia de las actuaciones administrativas.

El artículo 209 de la Carta, después de indicar los principios de la función pública, establece, en el inciso segundo, que "La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

Y el artículo 269 de la misma precisa:

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".

La ley que diseñó el control interno en las entidades y organismos del Estado es la ley 87 del 29 de noviembre de 1993.

En el inciso primero del artículo 1º de esta ley, se define el control interno en los siguientes términos:

"Definición del control interno. - Se entiende por control interno el sistema integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos" (negrillas fuera del texto original).

La existencia del control interno está prevista para todas las entidades del Estado.

En efecto, el artículo 5º de la mencionada ley dispone:

"Campo de aplicación. - La presente ley se aplicará a 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".

En cuanto a la organización del sistema en cada entidad, la ley 87, en desarrollo del artículo 269 del ordenamiento superior, otorga la opción de contratar el servicio de control interno con empresas privadas, excepto en el caso de los organismos de seguridad y defensa nacional (art. 7º), o de establecer una oficina de control interno en la entidad (art. 9º).

Respecto de esta última, el citado artículo 9º prescribe:

"Definición de la unidad u oficina de coordinación del control interno. - Es uno de los componentes del sistema de control interno, de nivel gerencial o directivo, encargado de medir y evaluar la eficiencia, eficacia y economía de los demás controles, asesorando a la dirección en la continuidad del proceso administrativo, la reevaluación de los planes establecidos y en la introducción de los correctivos necesarios para el cumplimiento de las metas u objetivos previstos.

Parágrafo. - Como mecanismos de verificación y evaluación del control interno se utilizarán las normas de auditoría generalmente aceptadas, la selección de indicadores de desempeño, los informes de gestión y de cualquier otro mecanismo moderno de control que implique el uso de la mayor tecnología, eficiencia y seguridad".

Ahora bien, en cuanto a la persona llamada a dirigir la Oficina de Control Interno, el artículo 10º de la ley preceptúa:

"Jefe de la Unidad u Oficina de coordinación del Control Interno. - Para la verificación y evaluación permanente del sistema de control interno, las entidades estatales designarán como Asesor, Coordinador, Auditor Interno o cargo similar, a un funcionario público que será adscrito al nivel jerárquico superior y designado en los términos de la presente ley" (negrillas no son del texto original).

Y el inciso primero del artículo siguiente, el 11, precisa la calidad jurídica de este funcionario, cuando señala:

"Designación del Jefe de la Unidad u Oficina de coordinación del Control Interno. - El Asesor, Coordinador, Auditor Interno o quien haga sus veces, será un funcionario de libre nombramiento y remoción, designado por el representante legal o máximo directivo del organismo respectivo, según sea su competencia y de acuerdo con lo establecido en las disposiciones propias de cada entidad" (negrillas fuera del texto original).

Como se desprende claramente de estas normas, que se refieren a las entidades estatales en general, la calidad de vinculación del Jefe de la Oficina de Control Interno a la entidad, debe ser la de un empleado público, de libre nombramiento y remoción del nominador de la misma.

La cuestión de la consulta se relaciona con la calidad jurídica que debe tener el Jefe de la Oficina de Control Interno en las empresas industriales y comerciales del Estado.

Los servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado. En la gestión pública contemporánea, una de las formas de la descentralización por servicios la constituyen las empresas industriales y comerciales del Estado, destinadas a desarrollar una actividad industrial o comercial de importancia para la Nación, en igualdad con las empresas privadas, esto es, con sujeción a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que fije la ley en algunos tópicos, como su dirección y determinados contratos.

La actual Constitución dispone, en el último inciso del artículo 115, que las empresas industriales y comerciales del Estado "forman parte de la rama ejecutiva", con lo cual extendió la integración de la rama ejecutiva que había diseñado el artículo 1º del decreto ley 1050 de 1968.

Ahora bien, con base en la reforma administrativa de 1968, se ha establecido la clasificación tradicional de los empleos en la administración pública, de empleados públicos y trabajadores oficiales, siendo los primeros aquellos que están vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria y los segundos, por un contrato de trabajo.

Igualmente, en cuanto a los empleados públicos se refiere, se ha hecho la distinción entre empleados de carrera y empleados de libre nombramiento y remoción.

La generalidad de los servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales y por excepción, algunos son empleados públicos, de conformidad con el inciso segundo del artículo 5º del decreto ley 3135 de 1968, que prescribe:

"Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

La última parte de esta norma fue demandada ante la Corte Constitucional por un ciudadano que consideró que la clasificación de los empleos en las empresas era una función legislativa que no competía, por tanto, a sus juntas directivas.

La Corte la declaró exequible en la sentencia C - 484 del 30 de octubre de 1995, y luego la calificó como cosa juzgada constitucional en la sentencia C - 010 del 18 de enero de 1996.

Manifestó la Corte en la primera decisión:

"La fijación de las actividades que van a ser desempeñadas por virtud de vinculación legal y reglamentaria dentro de las empresas industriales o comerciales, corresponde a una función constitucional de orden administrativo que bien puede entregar la ley a sus juntas directivas, para ser ejercidas en la forma que determinen sus estatutos internos, sin que ellos modifiquen la naturaleza del empleo ni la de la relación laboral de carácter oficial que está dada por la ley.

En este sentido los estatutos internos de las empresas industriales y comerciales del Estado son el instrumento idóneo, en virtud del cual, se precisan las actividades de la empresa que corresponden a la categoría que debe ser atendida por empleados públicos; aquellos son actos que comprenden la definición del tipo de régimen aplicable a los servidores públicos en el entendido de que sólo los de dirección y confianza que se fije en el estatuto son empleados públicos, y el traslado de la competencia prevista en las expresiones acusadas no genera una contradicción de las normas constitucionales".

Ahora bien, se observa en los artículos 10 y 11 de la ley 87 de 1993, citados en el punto anterior, que el Jefe de la Oficina de Control Interno debe ser un funcionario público, de libre nombramiento y remoción, designado por el representante legal o el máximo directivo de la entidad estatal, de lo cual se deduce claramente que debe ostentar la calidad de empleado público.

Si se trata de la Oficina de Control Interno de una empresa industrial y comercial del Estado, el Jefe de dicha Oficina debe ser un empleado público y en los estatutos de la empresa se debe indicar ese cargo como uno de los que debe ser desempeñado por empleado público.

El legislador, al expedir la ley 87 de 1993, buscó garantizar que el sistema de control interno fuera verdaderamente eficaz y para ello estableció que la Oficina de Control Interno tuviera nivel gerencial o directivo (art. 9º) y que el Jefe de la misma estuviera adscrito al nivel jerárquico superior y fuera designado por el representante legal o el máximo directivo de la entidad, para lo cual el legislador estimó que debía tener la calidad de empleado público y ser de libre nombramiento y remoción del nominador de la entidad (art. 10º).

Precisamente la reciente ley de carrera administrativa, mencionó, de manera expresa, entre los cargos de libre nombramiento y remoción, el de Jefe de la Oficina de Control Interno, lo cual corrobora la voluntad del legislador, y esta vez en una ley específica de carrera, de que ese cargo sea asumido por un empleado público.

1.3 La nueva ley de carrera administrativa. La Constitución Política de 1991 califica en el artículo 123, a los empleados y trabajadores del Estado y sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, como servidores públicos, cambiando en esta forma, la anterior denominación de empleados oficiales.

El artículo 125 de la Carta fija la regla general de que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y exceptúa de la misma a los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Precisamente la reciente ley 443 sancionada el 11 de junio de 1998, "Por la cual se expiden normas sobre Carrera Administrativa y se dictan otras disposiciones", desarrolla la norma constitucional y establece en el artículo 5º una nueva clasificación de los empleos del Estado.

La parte inicial del citado artículo 5º prescribe:

"De la clasificación de los empleos. - Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera, con excepción de :

Los de elección popular, los de período fijo conforme a la Constitución y la ley, aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación y los de trabajadores oficiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción que correspondan a los siguientes criterios:

Los de dirección, conducción y orientación institucionales, que adelante se indican, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, así:

(¿)

(Sigue una enumeración de cargos correspondientes a las administraciones central y descentralizada en los niveles nacional y territorial, en cada una de las cuales se menciona expresamente el cargo de Jefe de Control Interno).

Como se advierte, esta nueva ley ratifica, de manera expresa, lo dispuesto por los artículos 10 y 11 de la ley 87 de 1993, en el sentido de que el Jefe de la Oficina de Control Interno, tanto en las entidades que conforman la administración central, como en las entidades descentralizadas, sean del nivel nacional o del nivel territorial, y dentro de éstas se encuentran las empresas industriales y comerciales del Estado, debe ser vinculado como un empleado público de libre nombramiento y remoción.

La Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPELROL, como empresa industrial y comercial del Estado que es, también debe vincularlo en esa calidad, sin que sea procedente la vinculación como trabajador oficial con un contrato de trabajo, aun cuando se establezca en éste la facultad para el empleador de darlo por terminado, máxime que esta cláusula iría en contravención de las normas que establecen de manera taxativa las justas causas para la terminación unilateral de la relación contractual laboral.

2. LA SALA RESPONDE :

La expresión "funcionario público" utilizada por el artículo 10 de la ley 87 de 1993, referida al Jefe de la Unidad u Oficina de Control Interno, no alude a un trabajador oficial sino a un empleado público de libre nombramiento y remoción.

El nominador de ECOPELROL no podría utilizar la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción respecto de un trabajador oficial, puesto que esta facultad se aplica únicamente en el caso de los empleados públicos que son de libre nombramiento y remoción, de conformidad con los criterios y la enumeración establecidos por el artículo 5º de la nueva ley de carrera administrativa, la ley 443 del 11 de junio de 1998.

Transcríbese al señor Ministro del Interior. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO □ JAVIER HENAO HIDRON

Presidente de la Sala

CESAR HOYOS SALAZAR □ LUIS CAMILO OSORIO ISAZA

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala

Fecha y hora de creación: 2024-11-21 18:49:00