

MEMORANDO

11.100.4
Bogotá,

PARA: **PAULA ANDREA CEPEDA RODRIGUEZ**
Gerencia General (E)

DE: OFICINA DE CONTROL INTERNO

ASUNTO: Función Preventiva frente a las posibles Inhabilidades e Incompatibilidades resultado de la multiplicidad de nombramientos.

Cordial saludo Dra. Paula Andrea.

En atención a la situación administrativa que se ha estado presentado con ocasión a los diferentes nombramientos en varios cargos dentro de la Entidad, desde la Oficina de Control Interno hemos evaluado algunas de las diversas implicaciones legales que se deben poner en consideración con el fin de evitar contravenciones al régimen jurídico aplicable. A continuación, se detallan las principales implicaciones:

En el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos se establece que, una persona no puede desempeñar más de un cargo público si ello genera conflicto en el cumplimiento de sus funciones o una duplicidad de dedicación que afecte su eficiencia. Por tanto, una persona nombrada en varios cargos dentro de la misma entidad puede encontrarse en una situación de incompatibilidad si las responsabilidades de ambos cargos no le permiten cumplir adecuadamente con sus deberes.

Así las cosas, es importante traer a colación el Decreto 4765 de 2008, en su artículo No. 12, el cual relaciona las funciones en cabeza de la Gerencia General, dentro de las cuales se señalan las siguientes:

"Artículo 12. Gerencia General. Son funciones de la Gerencia General las siguientes:

1. Dirigir, coordinar, vigilar y controlar la ejecución de las funciones o programas del Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, y del personal que lo integra.

(...)

5. Ordenar los gastos y suscribir como representante legal, los actos, convenios y contratos, para el cumplimiento de los objetivos y funciones asignadas al Instituto.

6. Someter a consideración y aprobación del Consejo Directivo, el anteproyecto anual de presupuesto, las modificaciones presupuestales, así como los estados financieros del Instituto, de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia.

7. Dirigir y controlar el manejo de los recursos financieros para que se ejecuten de conformidad con los planes, los programas y con las normas orgánicas del Presupuesto General de la Nación.

8. Dirigir la implementación y sostenimiento del Sistema de Gestión de Calidad y de Control Interno.

(...)

10. Conocer y fallar en segunda instancia los procesos disciplinarios que se adelanten en contra de los servidores públicos del Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, y en primera instancia aquellos cuya competencia no corresponde a la Subgerencia Administrativa y Financiera.

11. Nombrar y remover el personal del Instituto, así como expedir los actos administrativos relacionados con la administración de personal del mismo, de conformidad con las normas legales vigentes.

(...)

16. Proponer al Consejo Directivo la modificación de la planta de personal que requiera el Instituto para su funcionamiento.

(...)

19. Conocer y fallar en segunda instancia las investigaciones administrativas que se adelanten en primera instancia por las Gerencias Seccionales por incumplimiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias y de la normativa vigente en la materia.

21. Delegar, de conformidad con la ley, en los funcionarios de los niveles directivos y asesores, del Instituto, en Entes Territoriales o particulares cuando las necesidades lo requieran, el cumplimiento de las funciones de que tratan los numerales del presente artículo y reasumirlas cuando lo considere conveniente. (...) (subrayado fuera de texto)

Así mismo en el citado Decreto, se tiene el artículo 40, el cual desarrolla las funciones que se encuentran en cabeza de la Subgerencia Administrativa y Financiera, dependencia que también se encuentra a su cargo, como son:

"ARTÍCULO 40.SUBGERENCIA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA. Son funciones de la Subgerencia Administrativa y Financiera, las siguientes:

1. Apoyar a la Gerencia General en la formulación de políticas, medidas y procedimientos administrativos y financieros que contribuyan a incrementar la eficiencia y eficacia de la función

administrativa.

2. Dirigir, coordinar y controlar la ejecución de los programas y actividades relacionados con los asuntos de carácter administrativo, presupuestal, financiero y contable, de conformidad con las disposiciones vigentes.

3. Desarrollar el proceso contractual e implementar procedimientos y mecanismos de control para garantizar los principios que rigen en la materia.

(...)

6. Implementar las políticas y estrategias para la gestión y desarrollo del talento humano al servicio del Instituto.

(...)

10. Coordinar, conocer y fallar en primera instancia las investigaciones de carácter disciplinario que se adelanten contra funcionarios del Instituto.

14. Participar en el desarrollo, implementación y sostenimiento del Sistema de Gestión de la Calidad y del Modelo Estándar de Control Interno.

15. Presentar a la Gerencia General los informes que le sean solicitados. (...) (subrayado fuera de texto)

Respecto de las funciones entre la Gerencia General y la Subgerencia Administrativa y Financiera, le compete a este último dirigir, coordinar, controlar las actividades de carácter administrativo, presupuestal financiero y contable, así como a la Gerencia le compete hacer el seguimiento de las precitadas actividades, así como solicitarle informes acerca de la ejecución de estas, situación que se vulnera al recaer las diferentes funciones en la misma persona.

Un ejemplo traído a colación de la situación presentada es, la obligación descrita en el numeral 10 del artículo 40, señala que la persona que funge como Subgerente Administrativa y Financiera, conocerá y fallará los procesos en primera instancia que se adelanten contra un funcionario, en consonancia con ello, el numeral 10 del artículo 12, indica que la persona que desarrolle las funciones de Gerente General, conocerá y fallará los procesos en segunda instancia que se adelanten contra un funcionario, es decir, sería juez y parte respecto de los procesos disciplinarios, lo cual puede acarrear riesgo de nulidad de los procesos Disciplinarios.

Verificado el Manual de Inhabilidades e Incompatibilidades de los Servidores Públicos, del Departamento Administrativo de la Función Pública, señala en su aparte "Consecuencias de las Inhabilidades" lo siguiente:

"Respecto de lo anterior, el artículo 6° de la Ley 190 de 1995 señala:

"En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.

Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar."

Frente al tema, la Corte Constitucional señaló que "El artículo 6 de la Ley 190 de 1995, tras ordenar al servidor público informar de inmediato sobre la ocurrencia de inhabilidades o incompatibilidades sobrevenidas con posterioridad al acto de nombramiento o posesión, prescribe que:

"si dentro de los tres meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar"
subrayado fuera de texto

Ahora bien, en este contexto, es menester mencionar el artículo 93 de la Ley 1952 del 2019, específicamente el parágrafo primero que establece *"el jefe de la oficina de control interno disciplinario debe ser abogado y pertenecer al nivel directivo de la entidad."*

Sumado a ello, para el presente caso en el que una persona ha sido nombrada en dos o más cargos, puede surgir un conflicto de intereses, especialmente si los cargos tienen competencias o funciones que pueden superponerse o contraponerse. Por ejemplo, si uno de los cargos implica tomar decisiones que puedan afectar las funciones del otro, podría incurrirse en un conflicto ético y legal, lo que vulnera la normativa establecida en la Ley 1437 de 2011.

Así las cosas, se trae a colación la resolución 05198 del 09 de mayo de 2023 "Por la cual se modifica la resolución No. 0226 del 14 de marzo de 2023", con la cual se reglamentó y modificó el Comité Asesor de Contratación del ICA, la cual señala en su artículo 1, lo siguiente:

"ARTÍCULO 1. Modificar el artículo 2 de la resolución No. 0000226 del 14 de marzo de 2023, el cual quedará así:

"ARTICULO 2. INTEGRACIÓN DEL COMITÉ ASESOR DE CONTRATACIÓN. El Comité Asesor de Contratación estará integrado por: Integrantes con voz y voto: 1. Gerente general o su delegado, quien será el encargado de presidir dicho comité. 2. El Subgerente Administrativo y Financiero. 3. El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica. 4. El Jefe de la Oficina Asesora de Planeación. 5. El Coordinador del Grupo de Procesos de Selección Contractual, cuando se lleven procesos relacionados con la adquisición de bienes y servicios de la Entidad, quien actuará como secretario técnico del comité. 6. El Coordinador del Grupo de Convenios y de Prestación de Servicios, cuando se lleven procesos relacionados con convenios. 7. El Subgerente o el jefe de la oficina asesora

responsable de la necesidad de contratación o su delegado.” (subrayado fuera de texto)

Citado el artículo, es claro para esta Oficina de Control Interno que, en una votación en el Comité de Contratación, de siete (7) votos, dos (2) votos recaen en nombre de una sola persona, es decir el 28.57% de la votación para determinar la viabilidad o no de un contrato, lo cual afecta la independencia y autonomía para tomar decisiones.

En consonancia con lo anterior, si una persona es designada en varios cargos dentro de una misma entidad, puede haber problemas relacionados con la jerarquía y la distribución de responsabilidades. Es por ello por lo que, una persona no puede ocupar cargos que estén dentro de la misma cadena jerárquica, ya que ello puede generar una situación de subordinación indebida o una concentración de poder incompatible.

Si bien la figura del encargo está prevista en el derecho administrativo para situaciones temporales en las que no se ha designado a un titular, esta debe cumplir con ciertas formalidades, como que el funcionario encargado posea los requisitos y competencias para asumir los cargos. Además, es necesario que exista un control sobre la temporalidad de los encargos, ya que no pueden extenderse de manera indefinida ni usarse como un mecanismo permanente para concentrar funciones en una sola persona.

Así las cosas, nombrar a una persona en varios cargos dentro de una misma entidad, conlleva diversas implicaciones legales que deben ser evaluadas cuidadosamente para evitar violaciones al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los servidores públicos.

Cualquier acción contraria a las disposiciones legales podría generar consecuencias disciplinarias, la nulidad de los nombramientos y la afectación de la transparencia y eficiencia del servicio público. Por tanto, es fundamental que se asegure el cumplimiento de las normas establecidas para garantizar una administración pública eficiente, transparente y ajustada a la legalidad.

Finalmente, desde la Oficina de Control Interno, se recomienda analizar la situación informada en esta función preventiva y que se tomen las medidas a que haya lugar, igualmente informar de las mismas a esta oficina antes del 15 de noviembre del presente año.

Atentamente

JUAN FERNANDO PALACIO ORTIZ
Jefe Oficina Control Interno

Elaboró: Bryan Javier Duarte Villamil