

CIRCULAR EXTERNA 001/2018

Enero 15 de 2018

100

PARA: CONTRALORES TERRITORIALES

DE: AUDITOR GENERAL DE LA REPÚBLICA

REFERENCIA: Convenios y/o comodatos celebrados con la AGR

Respetados Señores Contralores Territoriales:

La AGR históricamente ha celebrado convenios interadministrativos y comodatos con diversas contralorías territoriales, enmarcado dentro del cumplimiento de los fines impuestos en la Constitución y la Ley, de conformidad con el marco legal vigente, los cuales son necesarios en la consecución de las actividades misionales propias de las Contralorías Territoriales. En este entendido se han celebrado convenios interadministrativos de préstamo de uso de tecnología para sistemas de información y contratos de comodatos para préstamo de uso de equipos tecnológicos entre otros, los cuales han apoyado y aportado a la misión y objetivos institucionales de los organismos de control, ahora bien, con el fin de continuar brindando este apoyo y coadyuvancia en la transformación, depuración y modernización de los órganos instituidos para el control de la gestión fiscal se hace necesario liquidar los convenios y comodatos a que hubiere lugar y proceder a suscribir los nuevos convenios y/o comodatos.

En cumplimiento de la función de coadyuvancia a las contralorías territoriales, la AGR ha desarrollado sistemas de información para su uso misional bajo la marca registrada SIA con derechos de propiedad sobre estos. En este marco, se ofrece en calidad de uso los siguientes sistemas de información:

1. SIA Observa
2. SIA ATC
3. SIA POAS
4. SIA Contralorías

El SIA Observa es un sistema de información web que entró en producción el cuatro (04) de enero de 2016, el cual permite el registro, seguimiento y control de la información contractual y presupuestal de las contralorías territoriales y de sus sujetos de control.

El SIA ATC es un sistema de información web que permite el registro, seguimiento y control de las peticiones, quejas y denuncias, de conformidad con el marco legal vigente.

El SIA POAS es un sistema de información que permite el registro, seguimiento y control de los planes estratégicos, planes operativos, planes de mejoramiento y mapa de riesgos.

EL SIA Contralorías es un sistema de información que permite el registro, seguimiento y control del proceso de rendición de cuentas de los sujetos de control a las contralorías.

Las Contralorías que estén interesadas en hacer uso de estos sistemas de información deben manifestarlo por escrito a más tardar el día viernes 19 de enero de 2018, para lo cual debe adjuntar lo siguiente:

1. Carta formal de intención de uso, solicitando los sistemas de información que son de su interés, firmada por el Contralor Territorial dirigida al Auditor General de la República, Dr. Carlos Hernán Rodríguez Becerra. De igual manera, se deberá indicar el nombre, cargo, cédula y correo electrónico del supervisor que será asignado, el cual se requiere que sea funcionario de planta.
2. Copia del acta de posesión del Contralor Territorial.
3. Copia del acto administrativo de nombramiento del Contralor Territorial.
4. Copia de la cédula de ciudadanía del Contralor Territorial.
5. Documento que faculta al Contralor Territorial para suscribir convenios y/o contratos.

La información relacionada para la suscripción de los convenios para el uso de los sistemas de información, deben ser remitidos a la Auditora Delegada auditordelegado@auditoria.gov.co con copia a dcvillalba@auditoria.gov.co

Por otro lado, las Contralorías Territoriales que estén interesadas en suscribir comodatos sobre los equipos tecnológicos y audiovisuales entregados anteriormente, deberán en primera instancia suscribir la liquidación del comodato actual y presentar carta de intención siguiendo los pasos previamente descritos para los convenios.



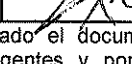
La información relacionada para la suscripción de los comodatos sobre equipos tecnológicos y audiovisuales, deben ser remitidos a la Directora de Recursos Físicos gmdavila@auditoria.gov.co con copia a deariza@auditoria.gov.co y amnavarro@auditoria.gov.co

Se adjunta concepto emitido por la Oficina Jurídica de la AGR con radicado 20171100048243 de fecha 29-12-2017.

Atentamente,

CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ BECERRA
Auditor General de la República

Anexo: memorando interno No. 20171100048243 de fecha 29-12-2017

	Nombre y Apellidos	Firma	Fecha
Proyectado por:	Daniel Ariza Heredia/Angela Navarro		10-01-18
Revisado por:	Diana Marcela Jaramillo Montoya / Alexandra Ramírez Suarez		10-01-18
Aprobado por:	Rodrigo Tovar Garcés		10-01-18
Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para firma.			



Radicado No: 20171100048243

Fecha: 29-12-2017

Bogotá D. C.,
110

Para: **JAIME ESCOBAR VELEZ**
Secretario General

De: **CARLOS OSCAR VERGARA**
Director de la Oficina Jurídica

Referencia: Contestación a la solicitud de concepto jurídico radicado No. 20172300045363 del 14 de diciembre de 2017.

1. Situación fáctica

Mediante oficio No. 20172300045363 del 14 de diciembre de 2017, la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República recibió su solicitud relacionada con proferir un concepto jurídico institucional respecto de determinar el alcance de la celebración y /o renovación de convenios interadministrativos de transferencia de tecnología y contratos de comodato para transferencia de equipos tecnológicos celebrados entre la AGR y las contralorías territoriales, en vigencia del cumplimiento de la Ley 996 de 2005 "Ley de Garantías". Respecto de la situación objeto de consulta, esta oficina plantea las siguientes consideraciones:

2. Consideraciones de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República.

Primera consideración: Marco jurídico ley de garantías- Análisis del campo de aplicación.

La ley de garantías electorales es, en palabras de la Corte Constitucional, una guía para el ejercicio equitativo y transparente de la democracia representativa o un estatuto diseñado para asegurar que la contienda democrática se cumpla en condiciones igualitarias y transparentes para a los electores y aprovechen en igualdad de condiciones los recursos ofrecidos por el Estado para la realización de la democracia, de manera que la voluntad popular se exprese sin obstrucciones de ningún tipo y la decisión del pueblo se vea reflejada en la persona elegida para ocupar el cargo de

autoridad que se disputa¹.

La ley 966 de 2005, denominada "Ley de garantías" en el artículo 1° define su objeto, el cual es definir el marco legal dentro del cual debe desarrollarse el debate electoral a la Presidencia de la República, o cuando el Presidente de la República en ejercicio aspire a la reelección, o el Vicepresidente de la República aspire a la elección presidencial, garantizando la igualdad de condiciones para los candidatos que reúnan los requisitos de ley.

Asimismo, en su artículo 33 la Ley 966 de 2005 plantea las **Restricciones a la contratación pública durante el periodo de elección presidencial en los siguientes términos así:** "Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado".

En este orden, el artículo 38° de la norma citada, consagra las **prohibiciones a los servidores públicos** y en su Parágrafo 1° indicó que "Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista" (...).

En este sentido, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1153 de 2005 declaró la exequibilidad del compendio normativo citado, y particularmente sobre el artículo 38 sobre la prohibición de celebrar convenios interadministrativos que involucren la erogación de recursos públicos, así como la participación, destinación o promoción de estos recursos, el Alto Tribunal manifestó las siguientes precisiones:

"La Sala observa que todas las limitaciones previstas en el artículo 38 están claramente encaminadas a garantizar los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución, en particular la moralidad, la imparcialidad y la eficacia en el cumplimiento de las funciones. En esa medida, en términos generales, el artículo 38 no contraría disposición alguna de la Carta, sino que la desarrolla.

(...) Si bien se permite constitucionalmente la participación en política de algunos funcionarios públicos tal participación no puede mezclar recursos pú-

blicos. La financiación estatal de las campañas está debidamente regulada por otras disposiciones del presente proyecto de ley y por artículos de carácter constitucional y, por tanto, no puede provenir dinero del Estado de fuente y forma diferente a las estrictamente autorizadas en la ley”.

Dicho planteamiento, sobre el alcance de la Ley de Garantías frente a la prohibición de celebración de convenios interadministrativos que involucren recursos públicos ha sido reiterado por la Circular No. 005 del 07 de abril del 2015 expedida por la Procuraduría General de la Nación, el Concepto No. 256901 de 2017 proferido por el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Circular No. 03 del 16 de agosto de 2013 de Colombia Compra Eficiente.

Se avizora que el espíritu del legislador en la construcción de la norma anteriormente analizada persigue en primer lugar que el proceso de elección presidencial se encuentre revestido de objetividad, imparcialidad, equidad, y democracia, y que la limitación consagrada en el artículo 38 de la Ley de Garantías instituye una prohibición directa en cualquier acción (llámese celebración de contratos y/o convenios interadministrativos, participación, destinación o promoción) entre entidades de orden departamental, municipal o distrital que involucre netamente la ejecución, disposición o ejecución de recursos públicos, en aras de preservar la defensa del patrimonio público y la moralidad administrativa, así como salvaguardar la transparencia en el ejercicio del mecanismo de participación en mención.

Se acota que, la idea central de dicha prerrogativa es evitar de forma primigenia que se utilicen recursos de destinación pública para favorecer a terceros en el marco de una elección presidencial, por tanto, es claro que la celebración de convenios interadministrativos que NO comprometan la utilización de erario público, quedan excluidas de la prohibición consagrada en el artículo 38 referido anteriormente, esto es contratos a título gratuito.

Cabe precisar que entre algunos ejemplos de contratos a título gratuito se encuentra el comodato o préstamo de uso consagrado en el artículo 2200 del Código Civil como un contrato en el que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso y se perfecciona por la tradición de la cosa. De igual manera el contrato de depósito, desarrollado en el artículo 2236 del Código Civil indica lo siguiente: “Llámese en general depósito el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituir en especie”.

En general, se entiende que cualquier tipo de modalidad contractual que no sea onerosa, es decir que no involucre una contraprestación basada en términos pecuniarios se presume como "gratuita" de acuerdo a la definición contemplada en el artículo 1497 del código civil: *"El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen"*, y por tanto queda excluida de las prohibiciones taxativas en materia de celebración de convenios o contratos interadministrativos de cualquier denominación entre entidades territoriales consagradas en la Ley 966 de 2005.

Ahora bien, es viable afirmar que los convenios interadministrativos son contratos de cooperación entre entidades estatales para asegurar el cumplimiento armónico de su misión institucional y constitucional, los cuales cuentan con un régimen especial consagrado en la Ley 489 de 1998, definidos en artículo 95 como todos aquellos que se celebren entre las entidades públicas de cualquier orden, con el fin de desarrollar funciones propias de cada una de ellas. Lo anterior, encuentra asidero en el principio de coordinación y colaboración entre entidades públicas, consagrado en el artículo 6° de la Ley 489 de 1998 así: *"En virtud del principio de coordinación y colaboración, las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales"*.

En este mismo orden de ideas, según el artículo 1495 del Código Civil define contrato o convención como *"un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas"*. Aunque los convenios administrativos tengan una naturaleza jurídica especial consagrada en la Ley 489 de 1998 en estricto sentido son contratos porque se derivan de un acuerdo de voluntades entre entidades por medio del cual una parte se obliga con la otra a dar, hacer, o no hacer alguna cosa. En el caso de los convenios interadministrativos gratuitos, una entidad se grava en dar un beneficio a la otra, sin esperar una contraprestación pecuniaria a cambio, solo activa la posibilidad que la otra parte usufructúe los servicios o bienes dados gratuitamente para la optimización de su rol institucional.

Segunda consideración: Importancia celebración de convenios interadministrativos y contratos de comodato de transferencia de tecnologías- no involucra erogación de recursos públicos.

En atención a lo expuesto con anterioridad, sobre el análisis del caso concreto, objeto de la solicitud, se estima la viabilidad en la suscripción o renovación de los contratos de comodato para equipos de cómputo y los convenios interadministrativos de transferencia de tecnología para el uso de los siste-

mas de información celebrado entre las contralorías territoriales y la Auditoría General de la Republica, en virtud de las siguientes precisiones:

- i) El artículo 274 de la Constitución Política² instituyó en cabeza de la Auditoría General de la Republica la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la Republica en los términos establecidos en la Ley. De conformidad con el Decreto 272 de 2000 por medio de la cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República, en su artículo 3° establece como misión la coadyuvancia en la transformación, depuración y modernización de los órganos instituidos para el control de la gestión fiscal, mediante la promoción de los principios, finalidades y cometidos de la función administrativa consagrados en la Constitución Política, el fomento de la cultura del autocontrol y el estímulo de la participación ciudadana en la lucha para erradicar la corrupción.
- ii) La Ley 489 de 1998 en sus artículos 14°, 23°, 95°, 96°, 107°, 108° definió la figura de los convenios interadministrativos, los cuales podrán ser celebrados entre entidades públicas para la cooperación en el cumplimiento de sus funciones o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro, y la asociación con personas jurídicas particulares.

Es preciso resaltar que los convenios interadministrativos, se reservan en forma exclusiva para regular mediante acuerdos voluntarios el cumplimiento de los fines impuestos en la Constitución y la ley, por tanto, estos se celebran entre entidades estatales para aunar esfuerzos que le permitan a cada una de ellas cumplir con su misión institucional.

- iii) En virtud de las potestades legales y reglamentarias descritas, la AGR suscribió con diversas contralorías territoriales convenios interadministrativos de transferencia de tecnología, con el objeto de implementar los sistemas de información tecnológicos en dichas entidades para fortalecer su capacidad de gestión fiscal frente a sus sujetos de control y la optimización del componente de participación ciudadana. Paralelamente, la AGR celebró contratos de comodato con dichas entidades territoriales con el propósito de transferir equipos tecnológicos para los procesos auditores verbales, y para la utilización de los sistemas de información referidos anteriormente.
- iv) Tanto los convenios de transferencia de tecnología para sistemas de información como los contratos de comodato para transferencia de equipos muebles tecnológicos se encuentran en proceso de liquidación y requieren ser renovados en atención al rol determinante que dicha cooperación representa

² Artículo 274. La vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República se ejercerá por un auditor elegido para periodos de dos años por el Consejo de Estado, de tema enviada por la Corte Suprema de Justicia.

en la consecución de las actividades misionales propias de las Contralorías Territoriales.

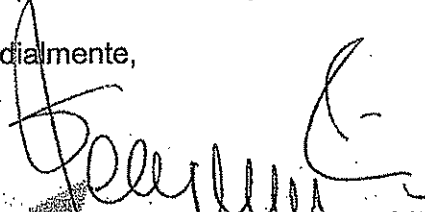
Por tal razón, es dable acotar que la prohibición consagrada en la Ley 966 de 2005 en su artículo 38° parágrafo 1° no es aplicable para la celebración de contratos y/o convenios interadministrativos de transferencia tecnológica y de equipos antes descritos, en tanto estos no involucran la erogación de recursos públicos, ni contraprestación de índole pecuniaria, solo activan la posibilidad que la entidad territorial usufructúe los servicios o bienes cedidos gratuitamente por la AGR no solo para la optimización de su misión institucional, sino para asegurar el normal funcionamiento de las contralorías territoriales frente a sus sujetos vigilados.

3. Consideración final

El presente concepto jurídico se profiere en el marco de los parámetros establecidos en el artículo 28 del CPACA, con el propósito de resolver una consulta de carácter general y abstracto, en atención a las facultades expresamente señaladas en la Constitución y la Ley, sin el ánimo de solventar una controversia de carácter particular que se suscite entre las partes involucradas en el asunto.

Esta oficina queda atenta a brindar acompañamiento y apoyo jurídico en cualquier otro asunto que se requiera al respecto.

Cordialmente,



CARLOS OSCAR VERGARA RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica
Auditoría General de la República

Proyectó: Adriana Vergara - Asesora de despacho
Revisó: Carlos Oscar Vergara Rodríguez - Director Oficina Jurídica

