

Bogotá D. C., 22 de abril de 2024
110.



Auditoría General de la República
Al contestar cite el radicado No: 1102-202401062
Fecha: 22 de abril de 2024 04:11:57 PM
Origen: Oficina Jurídica
Destino: Contraloría de Santander

Doctora
MARISOL OLAYA RUEDA
Jefe Oficina Jurídica
juridica@contraloriasantander.gov.co

Referencia: Concepto No. 110.030.2024
SIA-ATC No. 012024000246

1. *Del concepto acerca de si las Contraloría Territoriales les cobija la aplicación del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.*

Respetada Dra. **MARISOL OLAYA RUEDA:**

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento en el correo electrónico del 7 de marzo de 2024, radicado con No. 2101-202400608 bajo el SIA-ATC. No. 012024000246, en el que hace la siguiente consulta:

“En atención a las restricciones consagradas por el artículo 38 de la ley 996 de 2005 denominada “ de garantías electorales”, y a las recomendaciones generales impartidas por la Procuraduría General de la Nación a través de la directiva 010 de 2023, para dar cumplimiento a dicha ley , especialmente, en lo relacionado a celebrar convenios o contratos administrativos , modificación de planta de personal, participación en política de servidores públicos , y la observancia del principio de la planeación , de manera respetuosa nos permitimos solicitar resolver la consulta acerca de si a la Contralorías Territoriales les cobija la aplicación de la citada norma.”

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades

vigiladas (contralorías y fondos de bienestar social de las mismas) o de sus sujetos de vigilancia, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a nuestra vigilancia, por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

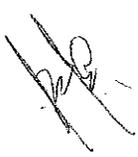
Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando:

*«Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, **sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal**, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución (...)*» (Negrilla fuera de texto).

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es función de la Oficina Jurídica «Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo»¹, los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan al consultante dilucidar la problemática planteada traerá a coalición las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se

¹ Decreto Ley 272 de 2000, artículo 18 numeral 3



encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir concepto de manera general y abstracta abordando los siguientes temas: i) Definición de la contraloría como organismo de control; ii) participación en política de los servidores públicos ; iii) prohibición de la celebración de convenios interadministrativos y IV) restricción frente a la contratación pública.

I. DEFINICION DE LA AUDITORIA GENERAL COMO ORGANO DE CONTROL

La Auditoría General de la Republica está regulada en la constitución política en el artículo 274, regula sobre la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República se ejercerá por un auditor elegido para períodos de dos años por el Consejo de Estado, de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia. La ley determinará la manera de ejercer dicha vigilancia a nivel departamental, distrital y municipal.

El acto legislativo 04 de 2019 en el artículo 5º modificó el artículo 274 de la Constitución Política quedando así:

(...) "ARTÍCULO 274. La vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República y de todas las contralorías territoriales se ejercerá por el Auditor General de la República, elegido por el Consejo de Estado de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para un periodo de cuatro años." (...)

"Decreto por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República, Decreto Ley 272 del 22 febrero del 2000."

II. PARTICIPACION EN POLITICA DE LOS SERVIDORES PUBLICOS

La constitución política señala en su artículo 127 que los servidores públicos no podrán celebrar, por si o por interpuesta persona, o en representación de



otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

En igual sentido prohíbe a los empleados del estado y sus entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, o se desempeñen en los órganos judicial, electoral, de control, les está prohibido tomar parte de las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.

En el párrafo final constitucional se subraya:

“La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta.”

De acuerdo con el artículo 127 constitucional todas las entidades del estado incluyendo los entes de control se atienen a este tipo de restricciones.

En igual sentido la ley 996 de 2005 establece las regulaciones especiales durante la campaña presidencial a partir del artículo 30 de esta ley la cual señala el límite para el inicio de estas restricciones:

(...)Durante los cuatro (4) meses anteriores a la fecha de votación en primera vuelta, y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso, el candidato que ejerce la Presidencia o la Vicepresidencia de la República no podrá:

- 1. Asistir a actos de inauguración de obras públicas.*
- 2. Entregar personalmente recursos o bienes estatales, o cualquier otra suma de dinero proveniente del erario público o producto de donaciones de terceros al Gobierno Nacional.*
- 3. Referirse a los demás candidatos o movimientos políticos en sus disertaciones o presentaciones públicas, como Jefe de Estado o de gobierno, excepto en situaciones que hagan referencia a asuntos de*



seguridad nacional, seguridad de los candidatos o sus campañas políticas, soberanía, emergencias o desastres.

4. Utilizar o incluir la imagen, símbolos o consignas de su campaña presidencial en la publicidad del gobierno.

5. Utilizar bienes del Estado, diferentes a los propios de sus funciones y aquellos destinados a su seguridad personal, en actividades de su campaña presidencial. (...)

A su vez el máximo tribunal de lo constitucional en sentencia C-1153 de 2005 delimitó de forma clara dos circunstancias para tener en cuenta frente a la contratación de personas en ley de garantías electorales, esto es, que se prohíbe la modificación de la nómina de los entes territoriales que dirijan Gobernadores, Alcaldes, secretarios, Gerentes y Directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, lo que obviamente incluye a las Contralorías departamentales, durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues, según el tribunal, esto garantiza que no se utilice como medio para campaña electoral.

De igual forma, el pronunciamiento incluye las excepciones a esta prohibición contempladas en la misma norma y donde se enfatiza la posibilidad de realizar procesos de contratación de personas dentro del tiempo de la prohibición cuando se presenten las siguientes condiciones:

(...) “se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera.” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).



III. PROHIBICION DE CELEBRACIÓN DE CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS

De acuerdo con pronunciamiento reciente del consejo de estado CP MARIA DEL PILAR BAHAMON FALLA, radicación interna 2489 Numero Único 11001030600020220025000, frente a la ley de garantías electorales que prohibió celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos cuatro meses antes de las elecciones (parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005) y que posteriormente el congreso de la Republica dejo sin efectos la restricción para ejecutar proyectos del presupuesto general de la nación de la vigencia 2022 (artículo 124 de la ley 2159 del 2021) , pero que como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad volvió a dejar vigente las limitaciones ya referidas en materia contractual, con retroactividad.

(...) “Así las cosas, la Sala de Consulta y Servicio Civil respondió que, para dar cumplimiento a la sentencia de la Corte Constitucional, los convenios interadministrativos que se celebraron al amparo del levantamiento de la prohibición y se encontraran en ejecución, deberían ser terminados y liquidados inmediatamente, sin perjuicio de la devolución de recursos girados y no ejecutados y de las restituciones a las que hubiere lugar. Agrega, que si alguna de las partes se niega a dar por terminada la relación, la otra estaría habilitada para interponer la demanda respectiva. En cuanto a los convenios en ejecución que se hubieran cumplido cabalmente, deben reconocerse los valores correspondientes a lo ejecutado y devolverse los que hubieran sido girados, pero no ejecutados. Todo esto antes de la fecha de publicación del comunicado de prensa en el cual la Corte Constitucional informó su decisión.” (...)

Con lo anterior es claro, que pese a que el artículo 124 de la ley 2159 del 2021 dejo sin efectos la restricción para ejecutar proyectos del presupuesto general de la nación de la vigencia 2022, en control propio de ese tribunal declaró su inconstitucionalidad volviendo a dejar vigente las limitaciones del artículo 38 de la ley 996 de 2005, con lo que claramente se limita este tipo de procesos contractuales previos los debates electorales.



IV. RESTRICCIÓN FRENTE A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

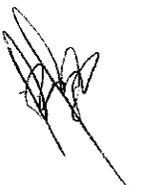
EL Artículo 33 de la ley 996 de 2005 señala las restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, de sastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración.

V. DEL CASO EN CONCRETO

De acuerdo con la ley se ha definido a la Contraloría como el mayor organismo de control del estado, su función constitucional reviste a sus funcionarios de facultades especiales para ejercer su función de acuerdo con el mandato superior.

En razón a lo anterior, la ley 996 de 2005 también denominada “ley de garantías electorales” regula la participación de los servidores públicos que se encuentren vinculados a cualquier entidad del estado, de forma especial sobre aquellos que ejercen control y manejan presupuesto y define sus límites frente a las campañas electorales y el manejo de los dineros durante las contiendas electorales, con el propósito que a voces de la corte constitucional: *La contienda democrática se cumpla en condiciones igualitarias y transparentes para los electores y para afianzar la neutralidad de los servidores públicos que*



organizan y supervisan las disputas electorales, e intenta garantizar el acceso igualitario a los canales de comunicación de los candidatos²

Así las cosas, la norma en comento limita la participación en política de todos los servidores públicos, la celebración de convenios interadministrativos, procesos de contratación pública y ampliación de la nómina de las entidades Durante los cuatro (4) meses anteriores a la fecha de votación en primera vuelta, y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso .

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, anotando que el presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 «Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

«(...) el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad ‘ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución’»** (Resaltamos en negrilla)

² CORTE CONSTITUCIONAL C-1153 de 2005

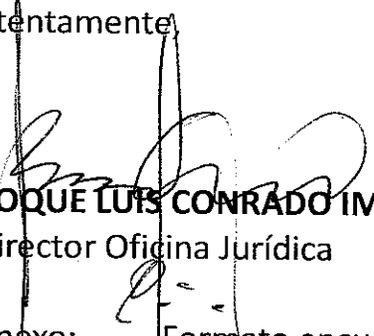


Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto pueden ser consultarlos en el siguiente enlace:

<http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento, Torre 4 de Bogotá o al correo electrónico juridica@auditoria.gov.co Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón *SIA*, seleccionar la opción *SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO*, luego, seleccionar el botón *Encuesta de Satisfacción* e ingresar los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña **6853e84d**. También puede consultar su solicitud en el botón *Consultar Solicitud* ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,


ROQUE LUIS CONTRADO IMITOLA
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Cargo
Proyectado por:	Manuel Vicente Villanueva – Asesor Externo AGR
Revisado por:	Roque Luis Conrado Imitola – Director Oficina Jurídica
Aprobado por:	Roque Luis Conrado Imitola – Director Oficina Jurídica
<i>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 la firma.</i>	