



Radicado No: 20211100023951

Fecha: 28-07-2021

Bogotá,

110

Doctora
SUGEY HERNÁNDEZ CORTÉS
Contralora Departamental
Contraloría Departamental del Caquetá
notificaciones@contraloriadelcaqueta.gov.co
Florencia Caquetá

Referencia: Concepto 110.051.2021
 SIA-ATC. 012021000467

Señora Contralora,

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento a través de correo electrónico de fecha 10 de junio de 2021, radicado con el No. 20212330009352 de la misma fecha y bajo el SIA ATC 012021000467 relacionado con la siguiente consulta:

"(...)

Conocemos de la restricción que trae consigo la Ley 330 de 1996 en su artículo 15(...).

Sin embargo la realidad de estas entidades es otra, el poco personal con que contamos se encuentra con sus labores sobrecargadas situación que nos preocupa dada la imposibilidad de poder ampliar la planta de personal o en un efecto contratar un profesional en derecho para que brinde apoyo a la entidad y de esta forma nuestros funcionarios mejoren su nivel de productividad, máxime cuando no se ha dado el fortalecimiento a estas entidades que tanto lo requieren.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, de manera respetuosa solicito el favor de emitir concepto en el sentido de ver la posibilidad de contratar un profesional en derecho que brinde apoyo administrativo relacionado a la defensa judicial, contratación, los índices de transparencia, entre otros que no estén contemplados en los manuales de funciones de los cargos del profesional de planeación y control interno y en el de director técnico de responsabilidad fiscal, a fin de optimizar el tiempo de respuesta a los requerimientos y mejorar la productividad de nuestra entidad sin llegar a transgredir dicha disposición normativa que la verdad no se encuentra lógica a esta restricción a las contralorías departamentales cuando las municipales cumplen las mismas

labores y sin tienen esa facultad, mas (sic) aun cuando nuestro actuar conlleva a tener mas (sic) sujetos de control y por tanto se generan mas (sic) procesos en el área de responsabilidad fiscal..”

Antes de proceder a dar respuesta sobre el tema 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, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Cualquier indicación sobre cómo debe desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a 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:

*“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).

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico frente a la consulta realizada, procede a traer a colación las normas referentes que se encuentra al alcance de todos, a exponer algunas consideraciones jurídicas y emitir concepto de manera general respecto del tema contenido en su solicitud, pues como se expuso, será la dependencia respectiva de dicha contraloría, la encargada de analizar la norma y darle aplicación al caso específico.

Así mismo, le informamos 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”*, 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.

De otra parte, es importante tener en cuenta que, el Presidente de la República en uso de facultades constitucionales, mediante el Decreto-Legislativo 491 de 2020 *“Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica”*, amplió el termino para la resolución de las consultas presentadas por los ciudadanos, así:

Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:

(...)

(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.

(...)

A su vez, el Ministerio de Salud y Protección Social mediante Resolución No. 0738 del 26 de mayo de 2021, determinó:

“Artículo 1. Prorrogar hasta el 31 de agosto de 2021, la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional declarada mediante Resolución 385 de 2020 y prorrogada a su vez por las Resoluciones 844, 1462 y 2230 de 2020 y 222 de 2021.”

En consecuencia, para la atención de peticiones se continúa con los términos señalados en el Decreto Legislativo 491 de 2020.

1. COMPETENCIA DE LA AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La Constitución Política de Colombia, con las modificaciones contenidas en el Acto Legislativo 04 de 2019, dispuso:

“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.

(...)” (Resaltado fuera de texto)

2. PLANTA DE PERSONAL Y CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Le corresponde a la Contraloría adelantar los estudios técnicos para la ampliación de la planta de personal, con los perfiles profesionales requeridos para los diferentes cargos y realizar las gestiones ante la Asamblea Departamental.

La regla general es el carácter permanente de los empleos; sin embargo, la Ley 909 de 2004, artículo 21, autoriza los empleos temporales y faculta a la administración para modificar las plantas de personal con el objeto de mejorar el servicio público.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ¹precisó:

¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación. No. 2003-Ampliación 11001-03-06-000-2010-005200 del 24-05-2011

(...)

La misma Ley 909 en cita, artículo 17, se refiere a la planta de personal en cada órgano y entidad pública, conformada con los empleos necesarios, de acuerdo con los requisitos y perfiles profesionales establecidos en los manuales específicos de funciones, con el fin de atender las necesidades presentes y futuras derivadas del ejercicio de sus competencias”, e impone a las unidades de personal y a los organismos y entidades el deber de mantener actualizadas sus plantas “para el cumplimiento eficiente de las funciones” teniendo en cuenta “las medidas de racionalización del gasto.”

(...)

La jurisprudencia Constitucional y de esta Corporación es abundante y reiterativa en señalar que la condición en comento tiene como finalidad la prohibición de configurar las “nóminas paralelas” que no sólo contravienen las disposiciones del Decreto Ley 2400 de 1968 y la Ley 80 de 1993, sino que además pueden desconocer los derechos laborales y prestacionales de los contratistas personas naturales y ser fuente de detrimento del patrimonio público, cuando llegan a configurar el contrato realidad.

(...) la elaboración de plantas de personal requiere, tal como lo ordena la ley, el estudio de las necesidades reales del organismo o entidad; y también debe considerar, para excluirlas, aquellas actividades que están reguladas y controladas de acuerdo con leyes especiales, como ocurre con el servicio de vigilancia o celaduría, y que son prestadas por personas jurídicas organizadas y reconocidas conforme a la ley, y que resultan más favorables que si se prestaran directamente por la entidad u organismos estatal, como los servicios de aseo, o que se requieren con alguna periodicidad o eventualmente como el mantenimiento preventivo o correctivo de máquinas, vehículos y demás recursos físicos.

(...)

La norma del estatuto contractual se restringe en la Ley 330 de 1996, para las contralorías departamentales. Ello no significa modificación ni derogatoria de ninguna de las disposiciones del estatuto contractual, y tampoco impide la contratación de prestación de servicios cuando el objeto del contrato no corresponda a las funciones de los empleos que integren la planta de personal del respectivo ente de control departamental, (...).”

3. ALCANCE DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY 330 DE 1996

El artículo 15 de la Ley 330 de 1996, señala:

“PROHIBICIONES. Las Contralorías Departamentales no podrán contratar la prestación de servicios personales para el cumplimiento de funciones que estén a cargo de los empleados que hagan parte de la planta de personal. Igualmente, no podrán destinar recurso alguno para atender actividades que no tengan relación directa con el control fiscal. La violación de lo dispuesto en este artículo será causal de mala conducta.” (Resaltado fuera de texto).

En la misma decisión a la que ya hemos aludido², sobre el alcance de este artículo 15, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sostuvo:

“Siguiendo su texto, la norma dispone que las contralorías departamentales:

- a) **No pueden contratar “servicios personales” cuando el objeto del contrato corresponda a las funciones de los empleos que integran su planta de personal;***
- b) Pueden contratar servicios personales, para atender actividades que no están contempladas en las funciones de los empleos de su planta de personal;*
- c) Pueden contratar bajo el tipo de prestación de servicios, otros que no sean personales, siempre y cuando “tengan relación directa con el control fiscal” pues de lo contrario estarían incurriendo en la prohibición acerca del destino de sus recursos que el mismo artículo 15 consagra. (Resaltado fuera de texto)*

(...)

En el concepto del 19 de agosto de 2010, la sala explicó que la Ley 80 de 1992, es una norma general pero no exclusiva ni única en materia de contratación pública y que, por lo mismo, siendo la Ley 330 de 1996 posterior y además especial para las contralorías departamentales, la prohibición del artículo 15 de esta Ley 330, es prevalente y configura una excepción al artículo 32, numeral 3° de la Ley 80.

(...)

Como es una excepción restrictiva a la capacidad contractual de las contralorías departamentales, que no modifica la definición ni las clases de contrato de prestación de servicios del estatuto contractual, no cabe hablar tampoco de derogatoria expresa o tácita de este estatuto, (...).

Después del análisis realizado la Sala concluye:

- a) **Por mandato del artículo 15 de la Ley 330 de 1996, las contralorías departamentales no pueden contratar servicios personales, es decir, no pueden celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales ni jurídicas, para ninguna de las actividades y funciones asignadas a los empleos de sus plantas de personal.***
- b) Con aplicación del estatuto contractual y sus reglamentos, las contralorías departamentales están habilitadas para celebrar los contratos de prestación de servicios profesionales y los de apoyo a la gestión con personas jurídicas y con personas naturales, para atender las demás actividades que su administración y funcionamiento requieran siempre que ellas tengan relación directa con el control fiscal.” (Resaltado fuera de texto)*

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta el análisis realizado sobre el tema objeto de consulta, la Contraloría debe acoger lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 330 de 1996, teniendo en cuenta lo expuesto por la

² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación. No. 2003-Ampliación 11001-03-06-000-2010-005200 del 24-05-2011

Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el concepto a que hemos aludido; que no es otra cosa que estudio sobre el alcance de este artículo.

Como ya se manifestó con antelación, la Auditoría General de la República no puede ni debe tener injerencia en las decisiones de sus entes vigilados, por tanto el concepto se emite de manera general.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, manifestándole además que la señora Auditora General de la República en cumplimiento de las disposiciones del Decreto-Legislativo 491 de 2020, expidió la Resolución Reglamentaria No. 005 del 31 de marzo de 2020 "Por la cual se modifica la Resolución Reglamentaria No. 004 de 2020 y se toman otras medidas por motivos de salubridad pública.", autorizando en su artículo 4º, el uso de la firma escaneada por parte de los directivos de la entidad en los documentos dirigidos a los usuarios, y en el artículo 5º su comunicación y notificación a través de medios electrónicos (dirección electrónica).

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'**" (Negrilla fuera de texto)*

Los conceptos de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto, pueden ser consultados en nuestra página web www.auditoria.gov.co, siguiendo la ruta <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, adjuntamos un formato de encuesta para diligenciarlo y remitirlo a la dirección de correspondencia Avenida Calle 26 N° 69 Torre 4 piso 18 de Bogotá, o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y gcalosma@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 ingrese por el botón SIA, seleccione la opción SIA ATC ATENCIÓN AL




CIUDADANO , estando allí, escoja el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 333ada19, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón *Consultar Solicitud* ingresando igualmente el mismo código SIA ATC y contraseña.

Cordial saludo,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Genith Carlosama Mora		21-07-2021
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		28-07-2021
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		28-07-2021

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.