

Bogotá D.C.,
110.

Doctor

JOSÉ EUGENIO SAAVEDRA VIANA

Director Departamento Distrital de Salud -DADIS-

Correo electrónico: alcalde@cartagena.gov.co / direcciondadis@cartagena.gov.co

Centro Diag. 30 # 30- 78 Plaza Aduana

E. S. D.



Auditoría General de la República
Al contestar cite el radicado No: 1102-202302077
Fecha: 3 de agosto de 2023 04:32:01 PM
Origen: Oficina Jurídica
Destino: Director Departamento Distrital de Salud -
DADIS-

Referencia: Concepto 110.064.2023
SIA-ATC No. 012023000499.
1. De los acuerdos de sindicales y la negociación colectiva.
2. Del daño fiscal.

Cordial saludo José Eugenio,

La Auditoría General de la República recibió traslado por competencia de parte de la Contraloría General de la República de la petición radicada bajo el SIA-ATC. No. 012023000499 (código interno 02331202301612), el día 20 de junio de 2023, en el que hace la siguiente consulta:

«(...)

“¿Es procedente o no, desde el punto de vista del control fiscal que ejerce la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, en (sic) dar cumplimiento al artículo 30 del Acuerdo laboral de 2016 celebrado entre la Alcaldía Mayor de Cartagena y sus sindicatos, en el marco de la negociación del pliego sindical, que ordeno (sic) lo siguiente:

“Suministraran (sic) según el caso, vales de gasolina por un valor de CUARENTA MIL PESOS (\$40.000) semanales para los técnicos del área de la salud del DADIS que cumplen funciones de inspección, vigilancia y control, y los empleados públicos que ejerzan funciones de mensajería en todas las dependencias?”»

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, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia; por lo tanto, 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).

Es pertinente aclarar que no es resorte legal de la Auditoría General de la República, indicar la manera como deben proceder sus sujetos de control y vigilancia fiscal, como lo son las contralorías territoriales, dado que

no le es posible coadministrar o ser juez y parte en un asunto que le corresponde vigilar posteriormente. Teniendo en cuenta nuestra competencia en la vigilancia y control, cualquier indicación sobre cómo deben desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior.

Aclarar que de conformidad con las facultades en el Decreto Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es una 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, ya que los conceptos que emite la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, se formulan dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015 y no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Teniendo en cuenta lo anterior, con el objeto de brindar una ilustración que contribuya al debate se presentaran aspectos generales del tema consultado, citando las disposiciones pertinentes al igual que pronunciamientos de las altas cortes.

1. DE LOS ACUERDOS DE SINDICALES Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA:

Antes de abordar el asunto, resulta pertinente traer a colación la definición del acuerdo colectivo según el diccionario Panhispánico del español jurídico: «Lab. Acuerdo escrito entre uno o varios empresarios y una o varias organizaciones de trabajadores en el que se establecen las condiciones de trabajo a las que deberán ajustarse las relaciones laborales en un ámbito determinado / El convenio colectivo tiene carácter normativo y también contenido contractual (...)»

En ese sentido, la norma superior, en su Título II, Capítulo I «De los derechos fundamentales» reguló el derecho fundamental de asociación sindical, como aquella garantía constitucional, en los siguientes apartes:

«**Art. 39°** Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución. La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos (...)». (Subrayas fuera del texto)

La Corte Constitucional mediante sentencia C-797-2000 afirmó respecto de la libertad sindical que reconoció el artículo 39 de la Constitución, lo que sigue:

«i) El derecho de todos los trabajadores, sin discriminación ni distinción alguna, para agruparse a través de la constitución de organizaciones permanentes que los identifican como grupos con intereses comunes, y cuya defensa propugnan. Este derecho implica la libertad tanto para afiliarse como para retirarse de dichas organizaciones;

ii) La facultad de constituir y organizar estructural y funcionalmente las referidas organizaciones y conformarlas automáticamente como personas jurídicas, sin la injerencia, intervención o restricción del Estado;

¹ Decreto Ley 272 de 2000, artículo 18 numeral 3

- iii) El poder de las organizaciones de trabajadores de determinar: el objeto de la organización, condiciones de admisión, permanencia, retiro o exclusión de sus miembros, régimen disciplinario interno, órganos de gobierno y representación, constitución y manejo del patrimonio, causales de disolución y liquidación, procedimiento liquidatorio, y otros aspectos que atañen con su estructura, organización y funcionamiento, que deben ser, en principio, libremente convenidos por los miembros de las asociaciones sindicales al darse sus propios estatutos o reformarlos, salvo las limitaciones que válidamente pueda imponer el legislador conforme al inciso 2° del art. 39;
- iv) La facultad de las asociaciones sindicales para formular las reglas relativas a la organización de su administración, así como las políticas, planes y programas de acción que mejor convengan a sus intereses, con la señalada limitación;
- v) La garantía de que las organizaciones de trabajadores no están sujetas a que la cancelación o la suspensión de la personería jurídica sea ordenada por la autoridad administrativa, sino por vía judicial;
- vi) El derecho de las organizaciones sindicales para constituir y afiliarse a federaciones y confederaciones nacionales e internacionales;
- vii) La inhibición, para las autoridades públicas, incluyendo al legislador, de adoptar regulaciones, decisiones o adelantar acciones que tiendan a obstaculizar el disfrute del derecho a la libertad sindical».

Adicionalmente, el bloque de Constitucionalidad (art. 93 C.P.), estableció que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso hacen parte integral del sistema jurídico de Colombia, como es el caso de los Convenios 151 y 154 de la OIT, los cuales fueron incorporados a la legislación nacional por medio de las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999, implementándose medidas para dar aplicación a los mismos, de acuerdo a las condiciones nacionales, tal como lo ordenan los citados Convenios.

Teniendo en cuenta lo anterior, respecto al procedimiento para la negociación colectiva en el sector público, el Ministerio del Trabajo -que tiene entre sus facultades y/o potestades realizar inspección, vigilancia y control del cumplimiento de normas laborales y de seguridad social-, en concepto No. 05EE202312030000020736 se pronunció sobre el particular así:

«(...) la negociación colectiva en el sector público para funcionarios se rige por lo normado en el Decreto 160 de 2014, compilado en el Decreto 1072 de 2015, modificado por el Decreto 1631 de 2021, el cual culmina con la firma del acuerdo colectivo, norma que preceptúa la posibilidad de la empleadora, de negociar y concertar las condiciones de empleo y las relaciones entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos para la concertación de las condiciones de empleo; siendo obligatorio el cumplimiento del acuerdo colectivo por parte de la empleadora durante su vigencia.

El Decreto 160 de 2014, compilado en el Decreto 1072 de 2015 modificado por el Decreto 1631 de 2021, establece que en el acuerdo colectivo se debe señalar la vigencia del mismo, requisito indispensable no solo para verificar el cumplimiento por parte de la empleadora de lo convenido, sino para que los sindicatos no puedan presentar nuevas solicitudes en vigencia del mismo, norma que a la letra dice:

“Artículo 2.2.2.4.12. Acuerdo colectivo. El acuerdo colectivo contendrá lo siguiente:

1. Lugar y fecha.
2. Las partes y sus representantes.
3. El texto de lo acordado.
4. El ámbito de su aplicación, según lo previsto en el artículo 2.2.2.4.6. del presente Decreto.
5. **El período de vigencia.**
6. La forma, medios y tiempos para su implementación, y
7. La integración y funcionamiento del comité de seguimiento para el cumplimiento e implementación del acuerdo colectivo.

PARÁGRAFO 1. Una vez suscrito el Acuerdo Colectivo será depositado en el Ministerio del Trabajo dentro de los diez (10) días siguientes a su celebración. **El Acuerdo Colectivo estará vigente por el tiempo que determinen las partes, y no podrá ser modificado unilateralmente. Suscrito el Acuerdo Colectivo no podrá formularse, recibirse o tramitarse nuevas solicitudes durante la vigencia, por tanto, no será posible celebrar nuevos acuerdos.**

PARÁGRAFO 2. El Estado garantizará la continuidad de los derechos individuales o colectivos acordados en el Acuerdo Colectivo o reconocidos mediante acto Administrativo, de conformidad con la Constitución y la Ley. **PARÁGRAFO 3.** Si al vencimiento del plazo de vigencia del Acuerdo Colectivo hay acuerdos por cumplir, estos deberán cumplirse de conformidad con lo establecido en la Constitución y la Ley. *“(resaltado fuera de texto)”*

(Decreto 160 de 2014, art. 13) Modificado art 1 Decreto 1631 de 2021

La negociación colectiva para funcionarios debe llevarse a cabo dentro de las precisas etapas de la negociación colectiva, con sujeción de la negociación a las normas establecidas en los decretos mencionados, norma que a la letra dice:

*“Artículo 2.2.2.4.9. **Reglas de la negociación.** Las partes adelantarán la negociación bajo las siguientes reglas:*

1. Iniciar y adelantar la negociación en los términos del presente capítulo...” *(resaltado fuera de texto)*
(Decreto 160 de 2014, art. 10)

El Decreto 160 de 2014 compilado en el Decreto 1072 de 2015, modificado por el Decreto 1631 de 2021, el cual culmina con la firma del acuerdo colectivo, establece las condiciones y requisitos para la comparecencia sindical en unidad de pliego de solicitudes y en un (sic) unidad de comisiones negociadoras y asesoras, para negociar en una sola mesa de negociación que culmina con un solo acuerdo colectivo».

(...)

Así las cosas, pese a la autonomía sindical de la que gozan los sindicatos, fruto del derecho de asociación sindical constitucional, los sindicatos deben acatar lo normado en la Constitución con respecto a los derechos fundamentales de los trabajadores y la ley, para el caso las normas que regulan el conflicto colectivo en el sector público para funcionarios, norma que tal como se aprecia en la disposición transcrita con antelación, exige pliego unificado de solicitudes en unidad de integración de comisiones negociadoras y asesoras, por lo tanto, no es potestativo para los sindicatos, sino obligante las actividades previas de coordinación para lograr el cumplimiento del requisito legal.

(...)

Cabe destacar que la negociación tal como su nombre lo indica, no implica imposiciones de ninguna de las partes sino tratar, convenir, acordar, pactar hasta lograr el acuerdo colectivo que pone fin al conflicto, respetando los estrictos términos que la disposición que rige las negociaciones del sector público, teniendo presente que contrario a lo ocurrido en el sector privado o en las negociaciones de los trabajadores oficiales cuando no hay acuerdo para la firma de una convención colectiva de trabajo, el conflicto es sometido a huelga o tribunal de arbitramento; en cambio en el sector público con respecto a los funcionarios agrupados en organizaciones sindicales, al no haber las opciones ante dichas, la única forma de culminar el conflicto colectivo es la firma del acuerdo colectivo, siendo la razón por la cual se insta a las partes al entendimiento, para armonizar sus diferencias en procura de la firma del acuerdo colectivo que pondría fin al conflicto, iniciando y adelantando las negociaciones según los términos señalados en el Decreto 160 de 2014, compilado en el Decreto 1072, modificado por el Decreto 1631 de 2021». (Negrilla y cursiva en documento original. Subraya propia)

Como se puede observar, el acuerdo colectivo se rige por lo normado en el Decreto 160 de 2014, compilado en el Decreto 1072 de 2015, modificado por el Decreto 1631 de 2021, en donde se preceptúa la posibilidad de negociar y concertar las condiciones de empleo y las relaciones entre las entidades públicas con las

organizaciones sindicales, para la concertación de las condiciones de empleo, siendo imperioso el cumplimiento del acuerdo colectivo durante su vigencia.

En este punto es preciso resaltar que el Decreto No. 1072 de 2015, Sector Trabajo² en su artículo 2.2.2.4.3, define la naturaleza jurídica de la negociación como «(...) el proceso de negociación entre los representantes de las organizaciones sindicales de empleados públicos de una parte y, de otra, la entidad empleadora y la autoridad competente, para fijar las condiciones de empleo y regular las relaciones de esta naturaleza entre la administración pública y sus organizaciones sindicales, susceptibles de negociación y concertación de conformidad con lo señalado en el presente capítulo».

Así mismo, la norma ibidem establece de manera expresa las materias objeto de negociación colectiva y sus exclusiones, así:

«**Artículo 2.2.2.4.4. Materias de negociación:** Son materias de negociación:

1. Las condiciones de empleo, y
2. Las relaciones entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos para la concertación de las condiciones de empleo.

PARÁGRAFO 1° No son objeto de negociación y están excluidas, las siguientes materias:

1. La estructura del Estado y la estructura orgánica y la interna de sus entidades y organismos.
2. Las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado.
3. El mérito como esencia y fundamento de las carreras especiales y de la carrera administrativa general y sistemas específicos.
4. La atribución disciplinaria de las autoridades públicas.
5. La potestad subordinante de la autoridad pública en la relación legal y reglamentaria.

PARÁGRAFO 2° En materia salarial podrá haber negociación y concertación, consultando las posibilidades fiscales y presupuestales. Sin perjuicio de lo anterior, en el nivel territorial, se respetarán los límites que fije el Gobierno nacional. **En materia prestacional las entidades no tienen facultad de negociar y concertar, toda vez que por mandato constitucional y legal la única autoridad competente para regular la materia es el Presidente de la República**». (Negrilla y Subrayas fuera del texto)

En ese contexto, es dable concluir que los acuerdos a los cuales lleguen las entidades con las organizaciones sindicales, son de obligatorio cumplimiento, no obstante, dichos acuerdos no pueden contener aspectos que vayan en contravía de la normatividad vigente, ni mucho menos que excedan aquellos aspectos expresamente excluidos por el legislador.

2. Del daño fiscal

Teniendo en cuenta que la consulta se aborda tomando como referencia el concepto de control fiscal, es preciso señalar el concepto de daño fiscal, para lo cual se trae a colación concepto emitido por esta oficina identificado con el número 110.033.2021 del 1 de Junio de 2021, en donde se dijo lo siguiente:

«1. Daño Fiscal

De conformidad con la Ley 610 de 2000, y el Decreto Ley 403 de 2020, el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurran, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de los mismos, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

² modificado por el Decreto 1631 de 2021

La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- “- Una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado.
- Un daño patrimonial al Estado.”
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores”.

El elemento más relevante para que se dé la responsabilidad fiscal, es el daño, en consecuencia, no hay responsabilidad fiscal sin daño, y éste debe ser atribuido a título de dolo o culpa grave, debiendo existir una relación de causalidad entre la conducta y el hecho generador del daño.

Para establecer el daño, es indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia de un daño patrimonial, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable y determinado. La finalidad de la responsabilidad fiscal es meramente resarcitoria y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria, que pueda corresponder por la misma conducta, lo que se debate dentro del proceso de responsabilidad fiscal es el daño patrimonial que se causa a los dineros públicos, por conductas dolosas o culposas atribuibles a un servidor público o persona que maneje dichos dineros, lo que significa que el daño patrimonial debe ser por lo menos cuantificable en el momento en que se declare responsable fiscalmente a una persona.

Otro factor indispensable para hablar de daño fiscal, es la gestión fiscal, por lo tanto es necesario analizar si el presunto responsable fiscal, despliega una gestión fiscal, en el caso concreto donde se habla de un anticipo en un contrato, es necesario manifestar, que los contratos estatales, siempre involucran la ejecución de recursos públicos porque con ellos se paga al contratista. Sin embargo, este solo podrá reputarse gestor fiscal si gestiona fondos públicos.»

Así, es importante identificar la definición normativa de daño patrimonial al Estado contenido en el artículo 6 de la Ley 610 de 2000 que en su tenor literal indica:

«Artículo 6o. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado **la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos**, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de los órganos de control fiscal. Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurran, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de este» (Negrilla propia)

En ese contexto, teniendo en consideración la definición de daño fiscal, será necesario examinar de manera individual por parte del operador fiscal aquellos casos en los cuales se presentan los elementos que pudieren dar lugar a responsabilidad fiscal, de tal manera que se determine si existe un daño patrimonial al Estado, una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre estos dos.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas. 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

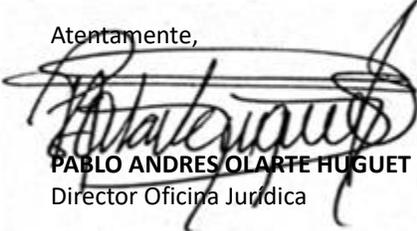
Contencioso Administrativo», con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

«...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, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia: Avenida calle 26 No. 69-76 torre 4 (agua) pisos 17 y 18 Edificio: Elemento en la ciudad de Bogotá D.C., o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y laabril@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, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione 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 **28433edd**, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido
Proyectado por:	Luis Alejandro Abril Parra
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet
<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>	