

Bogotá D.C.,
110.

Señor

CESAR AUGUSTO RODRÍGUEZ GARCÍA

Correo electrónico: juridicaproyeccion@gmail.com

E. S. D.



Auditoría General de la República
Al contestar cite el radicado No: 1102-202302124
Fecha: 11 de agosto de 2023 09:27:02 AM
Origen: Oficina Jurídica
Destino: CESAR AUGUSTO RODRÍGUEZ GARCÍA

Referencia: Concepto: 110.066.2023
SIA-ATC No. 012023000514.
1. De la aplicación del artículo 38 y su parágrafo de la Ley 996-2005 (Ley de garantías).

Cordial saludo señor Rodríguez García;

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en el correo electrónico del día 28 de julio del 2023, radicado bajo el SIA-ATC. 012023000514 (código interno 02331202301651), en el que hace la siguiente consulta:

«De acuerdo con el contexto expuesto, solicito respetuosamente como máximo órgano de vigilancia y control de los contralores territoriales, se indique si las prerrogativas de la Ley 996 de 2005, son aplicables a la Contralorías territoriales y en especial lo relativo a la modificación de nóminas de manera autónoma y discrecional por el Contralor, en vigencia de los 4 meses anteriores a la elección».

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 debe desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior.

Asimismo, le indicamos que de conformidad con las facultades establecidas 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 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», 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.

1. DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 38 Y SU PARÁGRAFO DE LA LEY 996-2005 (LEY DE GARANTÍAS)

La Ley No. 996 de 2005¹ reconocida públicamente como ley de garantías, consagra un régimen especial para la defensa y protección de las garantías, principios, derechos fundamentales para la transparencia y/o publicidad de los procesos electorales, se caracteriza por ser de naturaleza estatutaria, dado que reglamenta derechos fundamentales y por lo tanto establece una serie de restricciones y prohibiciones para los entes, organismos, servidores públicos y particulares allí mencionados.

Asimismo, el artículo 38 de la citada ley, después de consagrar en su inciso primero una serie de prohibiciones para todos los servidores públicos, de manera específica previó en su parágrafo único lo siguiente:

«**Artículo 38°** PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PUBLICOS: A los empleados del Estado les está prohibido:

(...)

PARAGRAFO. 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.

(...)

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente

¹ Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones.

debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa».
(Negrillas fuera del texto).

Sobre este tema en particular la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante concepto No. 1720 del 17 de febrero de 2006, expresó:

«(...) En este orden de ideas, la interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley *-incluido el de Presidente de la República-*; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38. (...)». (Subraya propia)

La Corte Constitucional en Sentencia C-1153 de 2005, respecto a las prohibiciones consagradas en el artículo 38 de la Ley de Garantías Electorales, señaló:

«Por último, la Sala también encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del parágrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina **(a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.**

En efecto, si 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 (...)». (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Del mismo modo, el Consejo de Estado en concepto No. 1.839 de julio 26 de 2007, con ponencia de Magistrado Gustavo Aponte Santos respecto al alcance de la prohibición contenida en el parágrafo

del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, con relación a modificar la nómina en entidades del Estado del orden territorial, determinó lo siguiente:

«III. Alcance de las excepciones a las prohibiciones temporales consagradas en el último inciso del párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005.

En virtud a lo dispuesto en el último inciso del párrafo del artículo 38 de la ley estatutaria de garantías electorales, la nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo en dos casos:

- La provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y

- Aplicación de las normas de carrera administrativa.».

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones y con fundamento en lo preceptuado en el inciso final del párrafo único del 38 de la Ley 996 de 2005, se tiene la prohibición expresa de modificar -dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular-, la nómina del respectiva entidad territorial, con excepción en dos situaciones administrativas puntuales por falta definitivas a saber: 1) con ocasión de la muerte del funcionario y/o de renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada y 2) en los casos de aplicación de las normas especiales de carrera administrativa. En todo caso, es preciso señalar que en caso de existir decisiones de naturaleza judicial y/o administrativa que ordenen alguna modificación puntual de las respectivas nóminas de las entidades, de igual forma corresponderá al nominador acatar las mismas.

Lo anterior, permite concluir que, a las contralorías municipales, distritales y departamentales como entes de naturaleza territorial, les es aplicable dicha regulación y en esa medida deben atenerse a su cumplimiento. En ese mismo sentido, debe entenderse que los demás aspectos que se encuentran regulados en la Ley 996 de 2005, y que son de cumplimiento por parte de las autoridades territoriales son igualmente aplicables para los organismos de control fiscal territorial.

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:

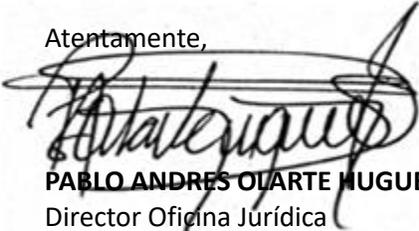
«...el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes 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: **5f5cf8f4**, 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>	