

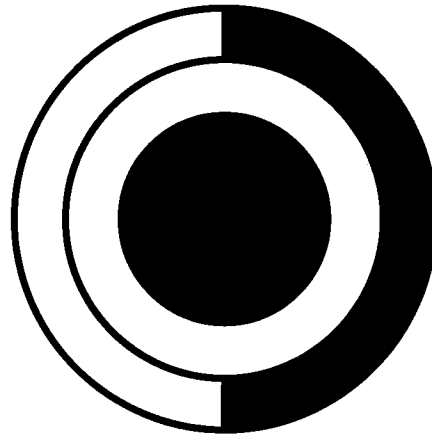


Al responder por favor cite este número 20198002469202

Fecha Radicado 2019-11-20 14:47:24 Radicador: NOIAZ

Folios 1 Desc. Anexos 1 CARTILLA

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO



CONTRALORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA

INFORME AUDITORÍA DE CUMPLIMIENTO

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO -
ANDJE

Vigencia 2018

CGR-CDDJS No. 017
Noviembre de 2019

INFORME AUDITORÍA DE CUMPLIMIENTO
AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO - ANDJE

Contralor General de la República Carlos Felipe Córdoba Larrarte

Contralor Delegado Sector Defensa,
Justicia y Seguridad Sebastián Montoya Mejía

Directora de Vigilancia Fiscal María Fernanda Rojas Castellanos

Supervisor Juan Carlos González Trujillo

Líder de auditoría Tomas E. Rodríguez Penagos

Auditores Sonia Magaly Carreño Morales
Ruth Teresa Rodríguez Contreras
Enid Peña Webber

TABLA DE CONTENIDO

INFORME DE AUDITORIA DE CUMPLIMIENTO	
1. CARTA DE CONCLUSIONES	4
2.1. OBJETIVO DE LA AUDITORIA	
2.1.1. Objetivo General	5
2.2. FUENTE DE CRITERIO	5
2.3. ALCANCE DE LA AUDITORIA	7
2.4. LIMITACIONES DE LA AUDITORIA	
2.5. RESULTADOS DE LA EVALUACION DE CONTROL INTERNO	7
2.6 CONCLUSIONES GENERALES Y CONCEPTO DE LA EVALUACION REALIZADA	8
2.7. RELACIÓN DE HALLAZGOS	9
2.8. PLAN DE MEJORAMIENTO	10
3. OBJETIVOS Y CRITERIOS	10
3.1. OBJETIVOS ESPECIFICOS	10
3.2. CRITERIOS DE LA AUDITORIA	10
4. RESULTADOS DE LA AUDITORÍA	11
4.1. RESULTADOS GENERALES SOBRE EL ASUNTO O	
4.2. MATERIA ADELANTADA	12
4.2.1. OBJETIVO ESPECIFICO No.1	12
4.3. RESULTADOS EN RELACIÓN CON EL OBJETIVO ESPECIFICO No. 2	15
4.3.1. Objetivo Especifico No. 2	15
4.4. RESULTADOS EN RELACIÓN CON EL OBJETIVO ESPECIFICO No. 3	15
4.4.1 OBJETIVO ESPECIFICO No. 3	17
4.5 RESULTADOS EN RELACION CON EL OBJETO ESPECIFICO No.4	19
4.5.1. OBJETIVO ESPECIFICO No. 4	19
5. ANEXOS	21

89111

Bogotá

Doctor

CAMILO ALBERTO GÓMEZ ALZATE

Director General

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Bogotá, D.C.

Respetado Doctor Gómez:

Con fundamento en las facultades otorgadas por el Artículo 267 de la Constitución Política y de conformidad con lo estipulado en la Resolución Orgánica 0014 del 14 de junio de 2017, la Contraloría General de la República realizó auditoría de cumplimiento a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado - UNDJE sobre el proceso de la función de liderar la defensa jurídica de la Nación y de la prestación del servicio a las entidades en los temas técnico y funcional del Sistema eKOGUI prestado a las Entidades Públicas del Orden Nacional.

Es responsabilidad de la Administración, el contenido en calidad y cantidad de la información suministrada, así como con el cumplimiento de las normas que le son aplicables a su actividad institucional en relación con el asunto auditado.

Es obligación de la CGR expresar con independencia una conclusión sobre el cumplimiento de las disposiciones aplicables en la verificación si la ANDJE cumple con la función de liderar la defensa jurídica de la Nación y de la prestación del servicio a las entidades en los temas de técnico y funcional del Sistema eKOGUI prestado a las Entidades Públicas del Orden Nacional, conclusión que debe estar fundamentada en los resultados obtenidos en la auditoría realizada.

Este trabajo se ajustó a lo dispuesto en los principios fundamentales de auditoría y las Directrices impartidas para la auditoría de cumplimiento, conforme a lo establecido en la Resolución Orgánica 0014 del 14 de junio de 2017, proferida por la Contraloría General de la República, en concordancia con las Normas Internacionales de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI¹), desarrolladas por la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI²) para las Entidades Fiscalizadoras Superiores.

¹ ISSAI: The International Standards of Supreme Audit Institutions.

² INTOSAI: International Organisation of Supreme Audit Institutions.

Estos principios requieren de parte de la CGR la observancia de las exigencias profesionales y éticas que requieren de una planificación y ejecución de la auditoría destinadas a obtener garantía limitada, de que los procesos consultaron la normatividad que le es aplicable.

La auditoría incluyó el examen de las evidencias y documentos que soportan el proceso auditado y el cumplimiento de las disposiciones legales y que fueron remitidos por la entidad auditada.

Los análisis y conclusiones se encuentran debidamente documentados en papeles de trabajo, los cuales reposan en el Sistema de información de Auditorías establecido para tal efecto y los archivos de la Delegada de Defensa, Justicia y Seguridad.

La auditoría se adelantó en Nivel Central de la entidad. El período auditado tuvo como fecha de corte, diciembre 31 de 2018.

Los hallazgos se dieron a conocer oportunamente a la entidad dentro del desarrollo de la auditoría, las respuestas fueron analizadas y en este informe se incluyen los hallazgos que la CGR consideró pertinentes.

2.1 OBJETIVO DE LA AUDITORÍA

El objetivo general de la auditoría es el siguiente:

2.1.1 Objetivo General

Emitir concepto o conclusión de cumplimiento de los criterios evaluados, en todos los aspectos significativos, para determinar si la Agencia, dentro del marco de la gestión fiscal, cumple con la función de liderar la defensa jurídica de la Nación y de la prestación del servicio a las entidades en los temas de técnico y funcional del Sistema eKOGUI prestado a las Entidades Públicas del Orden Nacional y durante la vigencia fiscal 2018.

2.2 FUENTES DE CRITERIO

De acuerdo con el objeto de la evaluación, el marco legal que le aplica a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado fue:

Liderar la política de prevención del daño antijurídico:

- Decreto 4085 de 2011, Por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Artículo 2, Objetivo.

Artículo 3, Alcance de la Defensa Jurídica del Estado.

Artículo 17, Funciones de la Dirección de Defensa Jurídica.

Artículo 18, Funciones de la Dirección de Políticas y Estrategias para la Defensa Jurídica.

Artículo 19, Funciones de la Subdirección de Acompañamiento a los Servicios Jurídicos.

- Circular Externa No. 03 de 2014, Metodología para la formulación e implementación de Políticas de Prevención.
- Circular Externa No. 06 de 2016 – Lineamientos para el seguimiento a la formulación e implementación de las políticas de prevención del daño antijurídico.
- Guía para la generación de las políticas de prevención del daño antijurídico.
- Manual para la prevención de las políticas del daño antijurídico.
- Paso a paso para la elaboración de las políticas de prevención del daño antijurídico.
- Decreto 915 de 2017, Por el cual se modifica parcialmente las funciones y estructura de la Unidad Administrativa Especial Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Artículo 6, Funciones de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Artículo 17B, Funciones de la Dirección de Defensa Jurídica Internacional.

Proceso de implementación y funcionamiento del sistema eKOGUI para determinar su aplicación por parte de las entidades públicas.

- Decreto 4085 de 2011, Por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
Artículo 20, Funciones de la Dirección de Gestión de Información.
- Decreto 1069 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.
Capítulo 4. Información Litigiosa del Estado, Sección 1, Sistema de Información Litigiosa del Estado- Artículo 2.2.3.4.1.3. Ámbito de aplicación a la Información eKOGUI y el artículo 2.2.3.4.1.5. Protocolos, lineamientos e instructivos.
- Decreto No. 1083 de 2015, artículo 2.2.2.21.4.9 Informes de ley, literal g información litigiosa e-Kogui, de que trata el artículo 2.2.3.4.1.14 del Decreto 1069 de 2015.

Proceso contratación desarrollada para el cumplimiento de la gestión misional.

- Decreto 1510 de 2013, artículos 46 y 2.2.1.2.1.2.8., artículos 47 y 2.2.1.2.1.2.9. Identificación de bienes y servicios objeto de un Acuerdo Marco de Precios, artículos 48 y 2.2.1.2.1.2.10.

- Decreto 1082 de 2015, Artículo 2.2.1.2.1.2.7. Procedencia del Acuerdo Marco de Precios. Las Entidades Estatales de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, obligadas a aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, están obligadas a adquirir Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes a través de los Acuerdos Marco de Precios vigentes.

2.3 ALCANCE DE LA AUDITORÍA

Dentro del marco de gestión fiscal, la auditoría evaluó el cumplimiento de las normas aplicables a las acciones ejecutadas por la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, en cumplimiento de su función de liderar la política de prevención del daño antijurídico, el proceso de implementación y funcionamiento del sistema eKOGUI para determinar su aplicación por parte de las entidades públicas, la contratación desarrollada para el cumplimiento de la gestión misional en la vigencia 2018 y la evaluación del control interno en los aspectos relacionados con el asunto a auditar.

2.4 LIMITACIONES DEL PROCESO

En el trabajo de auditoría no se presentaron limitaciones que afectaran el alcance de la auditoría.

2.5 RESULTADOS EVALUACIÓN CONTROL INTERNO

Evaluated el Sistema de Control Fiscal Interno de la ANDJE, bajo los parámetros establecidos en la matriz elaborada para tal fin, arrojó una calificación de 1,862 ubicándolo en un sistema **CON DEFICIENCIAS**, debido a que los controles diseñados para la mitigación de los riesgos evidenciados con los procesos de las áreas examinadas, presentan debilidades.

Las debilidades presentadas en el proceso evaluado se resumen así:

- Deficiencias en los informes de supervisión de los contratos y órdenes de compra en cuanto al seguimiento administrativo y financiero.
- Debilidades en las herramientas que le permita exigir a las entidades del orden nacional, el cumplimiento de la formulación de la Política de Prevención del Daño Antijurídico.
- Deficiencias en el archivo de las carpetas contractuales.
- Debilidades en el cumplimiento de la Directiva Presidencial Nro. 09 de 2018, Directrices de Austeridad, numeral 1.6.

Tabla No. 1
Evaluación del Control Interno

I. Evaluación del control interno institucional por componentes				Ítems evaluados	Puntaje
A. Ambiente de control				8	1,75
B. Evaluación del Riesgo.				3	1
C. Sistemas de información y comunicación				8	1
D. Procedimientos y Actividades de Control.				6	1,333333333
E. Supervisión y monitoreo.				4	1
Puntaje total por componente				1	
Ponderación				10%	
Calificación total del control interno institucional por componentes				0,122	
				Adecuado	
Riesgo combinado promedio				BAJO	
Riesgo de fraude promedio				BAJO	
II. Evaluación del diseño y efectividad de controles		Ítems Evaluados	Puntos	Calificación	Ponderación
					Calificación Ponderada
A. Evaluación del diseño		5,000	5,000	1,000	20%
B. Evaluación de la efectividad		5,000	11,000	2,200	70%
Calificación total del diseño y efectividad				1,740	
				parcialmente Adecuado	
Calificación final del control interno				1,862	
				Con deficiencias	

FUENTE: Equipo Auditor

2.6 CONCLUSIONES GENERALES Y CONCEPTO DE LA EVALUACIÓN REALIZADA

Concepto: **Sin Reservas**

La Contraloría General de la República como resultado de la auditoría de cumplimiento adelantada ante la ANDJE, por la vigencia 2018, considera que ésta cumple con el objetivo del diseño de estrategias, planes y acciones dirigidos a la política de defensa jurídica nacional e internacional y la evaluación y difusión de las políticas en materia de prevención de las conductas antijurídicas por parte de servidores y entidades públicas.

En el cumplimiento de su objetivo misional, la entidad ha venido implementado el Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado- "eKOGUI", para el seguimiento de las actividades, procesos y procedimientos inherentes a la actividad judicial y extrajudicial del Estado, ante las autoridades nacionales e internacionales.

2.7 RELACIÓN DE HALLAZGOS

Como resultado de la auditoría, la Contraloría General de la República constituyó cinco (5) hallazgos administrativos.

2.8 PLAN DE MEJORAMIENTO

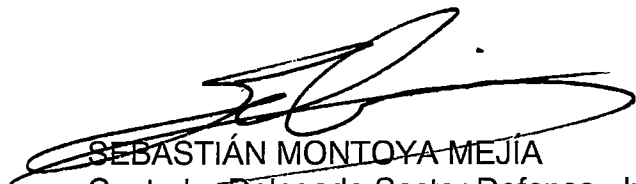
La entidad deberá elaborar el Plan de Mejoramiento, con acciones y metas de tipo correctivo y/o preventivo, dirigidas a subsanar las causas administrativas que dieron origen a los hallazgos identificados por la Contraloría General de la República como resultado del proceso auditor que hacen parte de este informe.

Tanto el Plan de Mejoramiento como sus avances, deberán ser reportados a través del Sistema de Rendición de Cuentas e Informes (SIRECI), dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a su recibo, (Resolución Orgánica 7350 de 2013).

Para efectos de la habilitación del aplicativo, se les solicita remitir copia del oficio de radicación del informe en la entidad, al correo electrónico soporte_sireci@contraloria.gov.co

La Contraloría General de la República evaluará la efectividad de las acciones emprendidas por las entidades para eliminar las causas de los hallazgos detectados en esta auditoría, según lo establecido en la Resolución Orgánica que reglamenta el proceso y la Guía de Auditoría aplicable vigentes.

Bogotá, D. C,



SEBASTIÁN MONTOYA-MEJÍA
Contralor Delegado Sector Defensa, Justicia y Seguridad

Directora de Vigilancia Fiscal
Supervisor

María Fernanda Rojas C.
Juan Carlos Sánchez T.

3 OBJETIVOS Y CRITERIOS

Los objetivos específicos, aplicados en la evaluación del proceso auditor fueron los señalados en la AT del 15 de julio de 2019 y las fuentes de criterio son los que regulan el objeto misional de la Entidad, sus funciones y demás acciones dirigidas a dar cumplimiento a las políticas de defensa jurídica de la Nación y del Estado definidas por el Gobierno Nacional.

3.1 Objetivos Específicos

- Evaluar las acciones ejecutadas por la Agencia de Defensa Jurídica del Estado en cumplimiento de su función de liderar la política de prevención del daño antijurídico.
- Verificar el proceso de implementación y funcionamiento del sistema eKOGUI para determinar su aplicación por parte de las entidades públicas.
- Evaluar la contratación desarrollada para el cumplimiento de la gestión misional en la vigencia 2018.
- Atender las denuncias e insumos asignados.
- Evaluar el control interno en los aspectos relacionados con el asunto a auditar.

3.2 Fuentes de Criterio

- Decreto 4085 de 2011
- Circular Externa No. 03 de 2014
- Circular Externa No. 06 de 2016
- Decreto 915 de 2017
- Decreto 1069 de 2015
- Decreto No. 1083 de 2015
- Decreto 1069 de 2015
- Decreto 1510 de 2013
- Decreto 1082 de 2015
- Ley 80 de 1993
- Ley 1150 de 2007

4 RESULTADOS DE LA AUDITORÍA

4.1 Resultados Generales sobre el Asunto o Materia Auditada

La C.G.R. en desarrollo de la auditoria de cumplimiento por el periodo 2018 adelantado ante la ANDJE, como resultado de la misma determina que, ésta ha implementado del diseño de estrategias, planes y programas orientados al desarrollo de la defensa jurídica nacional e internacional y a la evaluación y difusión de las políticas en materia de prevención del daño antijurídico.

4.1.1 Resultados de Seguimiento a Resultados de Auditorías Anteriores

La auditoría integral realizada a la vigencia de 2014 en el marco del Plan de Vigilancia y Control Fiscal (PVCF) de 2015, incluyó el examen a los siguientes Macroprocesos de: Macroproceso Gestión de Defensa Judicial, Macroproceso Formulación de Políticas, Regulación y Coordinación, a través de los procesos de Seguimiento y Monitoreo de la Política, Macroproceso de Adquisición de Bienes y Servicios, Macroproceso Planes, Programas, Proyectos y Eventos extraordinarios, Macroproceso de Gestión Financiera, Presupuestal y Contable, evaluación del sistema de control Interno.

En el seguimiento realizado al Plan de Mejoramiento presentado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se revisaron 40 hallazgos con 60 acciones de mejora, correspondientes a las Auditorías realizadas por la C.G.R. durante las vigencias 2013 y 2014, como se muestra a continuación:

Cuadro No. 2
Plan de Mejoramiento

AUDITORIA CGR. PERIODO	ACCIONES CUMPLIDAS	% DE AVANCE	ACCIONES NO CUMPLIDAS	% DE AVANCE
2013	16	94.11	1	90
2014	21	91.30	2	90
Total	37		3	

Fuente: Oficina de Control Interno

El cuadro anterior, evidencia que el cumplimiento del plan de mejoramiento planteado por la Entidad, para dar solución a las debilidades señaladas por la C.G.R. en los periodos 2013 y 2014, no se ha cumplido en su totalidad. De otro lado, es preciso señalar que el hallazgo 18 de la auditoria del 2014 muestra que, la entidad realizó una mayor consignación por \$3.900.000 con cargo al Seguro Social hoy Colpensiones, por concepto de parafiscales y a la fecha estos no han sido recuperados, pese a las múltiples gestiones adelantadas por la entidad frente al tema.

4.2. RESULTADOS EN RELACIÓN CON EL OBJETIVO ESPECÍFICO No. 1

4.2.1. Objetivo Específico No. 1

Evaluar las acciones ejecutadas por la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, en cumplimiento de su función de liderar la política de prevención del daño antijurídico.

Hallazgo No. 1 Política de Prevención Daño Antijurídico

El Decreto Nro. 1069 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho” dispone en su artículo 2.2.4.3.1.2.5. Funciones. El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones: “Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico”. Y en el Artículo 2.2.3.4.1.14. Verificación. “Los jefes de control interno de cada entidad verificarán el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente capítulo”.

De otro lado, la ANDJE ha implementado diferentes documentos que sirven de guía para la formulación de las políticas de prevención del daño antijurídico, tales como:

- Circular Externa No. 03 de 2014, Metodología para la formulación e implementación de Políticas de Prevención.
- Circular Externa No. 06 de 2016 – Lineamientos para el seguimiento a la formulación e implementación de las políticas de prevención del daño antijurídico.
- Guía para la generación de las políticas de prevención del daño antijurídico.
- Manual para la prevención de las políticas del daño antijurídico.
- Paso a paso para la elaboración de las políticas de prevención del daño antijurídico.

Pese a lo anterior, la ANDJE no cuenta con una política de Estado que le permita exigir a las entidades del orden nacional, el cumplimiento de la formulación de la “*Política de Prevención del Daño Antijurídico*”, estipuladas en las Circulares anteriormente mencionadas, lo cual imposibilita la obtención de la totalidad de la información, correspondiente a los procesos judiciales en contra de la Nación e impidiendo la protección de los intereses del estado.

Según información de la ANDJE, a 31 de diciembre de 2018, el 82,9 % de las entidades públicas del orden nacional, cuentan con política de prevención del daño antijurídico; sin embargo, a esa fecha, catorce (14) entidades que han hecho caso omiso de cumplir con el deber establecido desde el año 2014 de *“formular sus políticas de prevención del daño antijurídico, siguiendo la metodología y formatos previstos....”*, dentro de las cuales se destaca la Procuraduría General de la Nación, la cual, registra 2.704 procesos de litigiosidad en contra por \$30.96 billones, situación que evidencia el incumplimiento de las funciones del Comité de Conciliación, establecidas en el artículo 2.2.4.3.1.2.5, y de la Oficina de Control Interno de esta Entidad, según lo estipulado en el artículo 2.2.3.4.1.14, capítulo 4, información litigiosa del estado sección 1 del Decreto No. 1069 de 2015.

Hallazgo No. 2 Contratos Prestación de Servicios

La Directiva Presidencial No. 09 de 2018, Directrices de Austeridad, numeral 1.6 establece: *“Las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, deberán actuar en procura de la eliminación gradual y progresiva de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, ejecutando planes para proponer y realizar las reestructuraciones necesarias, sin afectar la prestación del servicio y el cumplimiento de los fines misionales de cada entidad”*.

Ley 790 de 2002, *“por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al presidente de la República* dispuso en el artículo 17 Plantas de personal; Código Sustantivo del Trabajo, artículo 23, Elementos esenciales: artículo 24, Presunción; Constitución Política de Colombia 1991, artículo 2, Son fines esenciales del Estado, artículo 53, El Congreso expedirá el estatuto del trabajo.

La ANDJE durante la vigencia de 2018, ejecutó recursos por \$34.112.376.276 a través de contratos de prestación de servicios en 219 contratos para el apoyo a la gestión, defensa y representación del Estado colombiano ante los diferentes organismos e instancias nacionales e internacionales, correspondientes a Gastos de personal y otras transferencias, incumpliendo con el numeral 1.6 de la Directiva presidencial arriba mencionada, al no haber efectuado la *“eliminación gradual y progresiva....”* de esta modalidad de contratación, para atender la defensa jurídica internacional, nacional y servicios técnicos.

Lo anterior conlleva a que no se efectuó una adecuada ejecución del gasto en las normas de austeridad y la Entidad deba asumir costos diferentes al salario, como las cargas prestacionales, los parafiscales y los aportes a la seguridad social.

Corolario de lo anterior, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se encuentra en riesgo de afrontar sendas demandas como contratos de prestación de servicio, teniendo como causa la posible constitución de la figura del contrato realidad, dada la aplicación de la relación contractual pues el contratista no puede desempeñar varias actividades en diferentes entidades al mismo tiempo ya que no cumplen funciones ocasionales, teniendo en cuenta que se pueden dar los tres requisitos enunciados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, (Ley 50 de 28 de diciembre de 1990), como lo son: la actividad debe ser desarrollada de manera personal por el contratista, la prolongada subordinación respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, sumado a esto, el salario como retribución del servicio.

La sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 48448 del 25 de julio de 2018, con ponencia del magistrado Rigoberto Echeverri Bueno señaló:

“una formalidad establecida por los sujetos de la relación laboral, no puede estar por encima de lo que haya sido realmente el desarrollo material de la vinculación, pues es precisamente como se da efectivamente la ejecución de ésta, lo que debe tener primacía frente a lo pactado por las partes, en virtud del principio constitucional de la prevalencia de la realidad sobre las formas”.

Es de advertir que se debe tener en cuenta que prima la situación objetiva sobre la forma.

También, el artículo 23 del código sustantivo del trabajo, en su numeral 2 hace referencia al contrato realidad cuando expresa:

“Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”.

Condición que deberá ser rogada teniendo en cuenta que es el juez quien apreciará el trasfondo de la relación contractual es decir hará la declaración del contrato de trabajo realidad, donde la realidad se impone a las formas contractuales asumidas o acordadas por las partes.

Al respecto ha señalado la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 63339 del 25 de julio de 2018 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo afirmó:

“Advierte la Sala que si bien en un convenio de prestación de servicios, el contratante o la persona que este designe para su coordinación puede dar

algunas indicaciones al contratista para la ejecución de las labores a desarrollar, aquellas deben generarse en un marco que no elimine la independencia y autonomía de este, de modo que es la forma en que se ejecute la relación de trabajo entre las partes lo que determina si se trata de un verdadero contratista o de un trabajador subordinado, en virtud de la aplicación del mencionado principio de la primacía de la realidad sobre las formas contractuales”.

Es decir que el contratista puede recibir instrucciones, ser supervisado, pero no hasta el punto en que esté sometido de tal forma que pierda la autonomía que caracteriza las relaciones contractuales distintas a la laboral.

Teniendo como efecto que la Agencia tendría que reconocer más derechos al trabajador, como el pago de prestaciones sociales, seguridad social, aportes parafiscales, trabajo extra, recargos nocturnos, trabajo dominical y festivo, entre otros; impactando la efectividad de su política de prevención del daño antijurídico.

4.3 RESULTADOS EN RELACIÓN CON EL OBJETIVO ESPECÍFICO No. 2

4.3.1 Objetivo Específico No. 2

Verificar el proceso de implementación y funcionamiento del sistema eKOGUI para determinar su aplicación por parte de las entidades públicas.

Para tal fin, se analizaron a través del aplicativo Ekogui, los procesos judiciales de mayor cuantía los cuales se encuentran distribuidos por sectores y por entidades.

Ejecución de contratos con recursos BID

El 30 de noviembre de 2012, la República de Colombia suscribió con el Banco Interamericano de Desarrollo el Contrato de Préstamo No. 2755-OC/CO, por USD10.000.000 o su equivalente en otras monedas destinado a financiar el Programa de Fortalecimiento a la Defensa Jurídica del Estado.

El objetivo del programa es mejorar la efectividad de la gestión de la defensa jurídica de la Nación, de manera que se reduzca su vulnerabilidad por fallos desfavorables.

Los objetivos específicos de la operación incluirán: (i) dotar a la defensa jurídica del Estado de un marco institucional y ejecutivo adecuado, (ii) mejorar la gestión del ciclo de defensa jurídica y (iii) mejorar la gestión estratégica del sistema a través de un control y monitoreo de la actividad que realizan los operadores jurídicos de las entidades.

En la vigencia 2018 para recursos de Inversión del crédito BID se efectuó una apropiación definitiva por \$5.697.664.909, de los cuales se comprometieron recursos por \$5.409.023.783 para la ejecución de 44 contratos, quedando un saldo de \$288.641.126 para ser cancelado en la vigencia 2019, recursos que fueron para atender la gestión de las diferentes áreas de la Entidad tales como:

- La operación de la plataforma tecnológica del Sistema Único de Información Litigiosa del Estado.
- Definir estrategias de defensa jurídica de los casos reiterados a partir de un análisis de los factores generadores de litigiosidad.
- Diseñar el modelo del sistema de gestión documental electrónico de archivo articulado con sus planes y programas subsidiarios.
- Implementar el Modelo Optimo de Gestión para la Defensa Jurídica del Estado - MOG en por lo menos 20 Entidades Públicas del Orden Nacional - EPON, incluyendo actividades previas para articular el Sistema Único de Gestión Ekogui.
- La contratación de los servicios especializados de la Fábrica de Software y su interventoría.
- El desarrollo de la Comunidad Jurídica del Conocimiento que facilite a los operadores jurídicos de las entidades públicas el acceso, intercambio, sistematización y aprendizaje de información pertinente para la defensa.
- Los servicios de la Unidad Ejecutora del programa.
- El apoyo a la instalación del macroproceso de gestión del conocimiento de la información.
- Prestar el servicio integral de operación en gestión de conocimiento para la defensa jurídica del estado desde lo conceptual, lo instruccional y la producción audiovisual.

Hallazgo No. 3 Principio de Coordinación y Colaboración

Ley 489 de 1998, Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, establece en su artículo 6, Principio de Coordinación, 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.

El documento CONPES 3722 del 29 de marzo de 2012, recomendó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Departamento Nacional de Planeación y al Ministerio de Justicia y del Derecho: *“Emitir concepto favorable a la Nación para contratar un empréstito externo con la Banca Multilateral por USD \$10.000.000 o su equivalente en otras monedas, destinados a financiar el Programa de Fortalecimiento de la Defensa Jurídica del Estado.*

Por su parte el Decreto 1069 de 2015 *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho” establece en el Capítulo 4, Sección 1, Artículo 2.2.3.4.1.2. “Objetivo. El Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado - eKOGUI, es la herramienta para la adecuada gestión del riesgo fiscal...”.*

Pese a lo anterior la falta de convenios le impide establecer un acercamiento y el establecimiento de compromisos para mantener actualizada la información en el sistema eKOGUI, entre la Agencia y las entidades que más litigiosidad tienen, lo que ocasiona que ésta no sea confiable, efectiva y oportuna para prevenir el daño antijurídico, como es el caso de la base de datos que a la fecha maneja la Rama Judicial y los registros que maneja la Entidad a través de la Dirección de Gestión de la Información (Ekogui), los cuales no son compatibles.

Lo antes expuesto, evidencia ausencia de mecanismos de acercamiento con las autoridades administrativas, en la aplicación del principio de coordinación y colaboración, con el fin de lograr los objetivos y cometidos estatales para el seguimiento de las actividades, procesos y procedimientos inherentes a la actividad judicial y extrajudicial del Estado.

4.4 RESULTADOS EN RELACIÓN CON EL OBJETIVO ESPECÍFICO No. 3

4.4.1 Objetivo Especifico No. 3

Evaluar la contratación desarrollada para el cumplimiento de la gestión misional en la vigencia 2018.

Hallazgo No. 4. Supervisión de Contratos

Ley 1474 de 2011:

Artículo 83. Supervisión e interventoría contractual. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de

corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

Artículo 84. Facultades y deberes de los supervisores y los interventores. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.

Resolución No. 481 del 19/09/18, capítulo V, numeral 5.1, por la cual se adopta el Manual de Contratación y Supervisión de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado-ANDJE y el Numeral 3 del procedimiento supervisión de contratos de la Entidad.

En el análisis realizado, a la muestra seleccionada para el desarrollo del proceso contractual de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado-ANDJE para la vigencia 2018 se evidenció lo siguiente:

Los informes de supervisión de los contratos y órdenes de compra, no muestran seguimiento administrativo y financiero, que permita verificar los pagos realizados, el porcentaje de avance de acuerdo al término de ejecución de los mismos, así como, ausencia de pruebas o documentos que permitan realizar trazabilidad del desarrollo del proceso, en caso de asignar nuevos responsables y supervisores en la continuidad del mismo.

De otro lado, no es posible evidenciar en el formato identificado con el Código: GC-F-01 V-3-Constancia de Cumplimiento, el seguimiento de las obligaciones a cargo del contratista, ya que solo se limitan a relacionar la certificación suscrita por el revisor fiscal o representante legal acreditando que se encuentra a paz y salvo en el pago de los aportes parafiscales.

Lo anterior denota deficiencias en los mecanismos de control, e igualmente, incumplimiento a lo establecido en el numeral 3 “*supervisar la ejecución del contrato*” del procedimiento supervisión de contratos y el manual de contratación.

Hallazgo No. 5. Ley de archivo expedientes administrativos. (O)

La Ley 594 de 2000, “por medio de la cual se dicta la Ley General de Archivos y se dictan otras disposiciones” dispone en su artículo 4, Principios Generales; artículo 11, obligatoriedad de la conformación de los archivos públicos; artículo 24, obligatoriedad de las tablas de retención documental.

Revisados los documentos soportes de los contratos seleccionados, se evidenciaron deficiencias en el archivo de las carpetas contractuales, tales como: los documentos no son archivados en orden cronológico y no se encuentran organizados de acuerdo con el proceso contractual, los informes producto del cumplimiento del objeto del contrato, reposan en diferentes fuentes de información como el SECOP II, el aplicativo Orfeo y otros como los archivos de consulta interna de las áreas relacionadas.

Lo anterior, debido a inobservancia de los principios generales que rigen la función archivística de la Ley 594 de 2000 así como, debilidades en el sistema de Control Interno de la entidad, ocasionando dificultades en la ubicación, oportunidad de la información.

Este hallazgo se comunicará al archivo General de la nación.

4.5 RESULTADOS EN RELACIÓN CON EL OBJETIVO ESPECÍFICO No. 4

4.5.1 Objetivo Específico No. 4

Evaluar el control interno en los aspectos relacionados con el asunto a auditar.

Evaluable el sistema de control interno de la entidad mediante el diligenciamiento de la matriz diseñada para tal fin se determinó una calificación final de con deficiencias correspondiente a 1,86 % como lo muestra el siguiente cuadro.

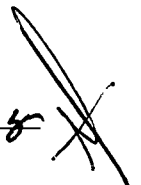
La oficina de Control Interno, cuya función de conformidad con los artículos 9º y 12º de la Ley 87 de 1993 y las mencionadas en el artículo 14 del Decreto 4085 de 2011 entre otras, consiste en medir y evaluar la eficiencia, eficacia, economía y efectividad los demás controles, asesorando a la dirección en la continuidad del proceso administrativo, la reevaluación de los planes

establecidos y en la introducción de los correctivos necesarios para el cumplimiento de las metas u objetivos previstos, y en especial de conformidad con lo previsto en el literal e) del artículo 12 ibídem que establece: " *Velar por el cumplimiento de las leyes, normas, políticas, procedimientos, planes, programas, proyectos y metas de la organización y recomendar los ajustes necesarios*".

La oficina de control interno, dentro de su Plan de Acción programó y ejecutó treinta y cinco (35) Auditorías de Gestión a los procesos de:

- Direccionamiento Estratégico, en el cual involucró informes de seguimiento a la estrategia del plan anticorrupción y atención al ciudadano, mapa de riesgos de corrupción, estado pormenorizado del sistema de control interno.
- Dirección Financiera, mediante seguimiento a la austeridad del gasto, gestión financiera, presupuestal y control interno contable.
- Gestión de Información de Defensa Jurídica, seguimiento a la información de defensa jurídica.
- Gestión Contractual, mediante seguimiento a la contratación.
- Gestión Documental, informe de seguimiento al plan de mejoramiento suscrito con el Archivo General de la Nación.
- Gestión Legal, informe sobre atención de peticiones, quejas y reclamos.
- Gestión de Tecnologías de la Información, seguimiento a la gestión documental e informes de derechos de autor.
- Seguimiento a la Oficina Asesora de Planeación, en lo referente a los planes estratégicos y acción.

No obstante, se observó que, dentro de las auditorías realizadas por la Oficina de Control Interno de la entidad en la vigencia evaluada, ésta no evidenció las deficiencias observadas por el ente de control las cuales son objeto de hallazgo en este informe.



5. ANEXOS

Respuestas a las Observaciones y Análisis a las Mismas.

Observación No.1 Supervisión de Contratos

Ley 1474 de 2011:

Artículo 83. Supervisión e interventoría contractual. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

Artículo 84. Facultades y deberes de los supervisores y los interventores. *La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.*

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.

Resolución No. 481 del 19/09/18, capítulo V, numeral 5.1, por la cual se adopta el Manual de Contratación y Supervisión de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado-ANDJE y el Numeral 3 del procedimiento supervisión de contratos de la Entidad.

En el análisis realizado, a la muestra seleccionada para el desarrollo del proceso contractual de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado-ANDJE para la vigencia 2018 se evidenció que:

Los informes de supervisión de los contratos y órdenes de compra, no muestran seguimiento administrativo y financiero, que permita verificar los

pagos realizados, el porcentaje de avance de acuerdo al término de ejecución de los mismos, así como, ausencia de pruebas o documentos que permitan realizar trazabilidad del desarrollo del proceso, en caso de asignar nuevos responsables y supervisores en la continuidad del mismo.

De otro lado, no es posible evidenciar en el formato identificado con el Código: GC-F-01 V-3-Constancia de Cumplimiento, el seguimiento de las obligaciones a cargo del contratista, ya que solo se limitan a relacionar la certificación suscrita por el revisor fiscal o representante legal acreditando que se encuentra a paz y salvo en el pago de los aportes parafiscales.

Lo anterior denota deficiencias en los mecanismos de control, e igualmente, incumplimiento a lo establecido en el numeral 3 “supervisar la ejecución del contrato” del procedimiento supervisión de contratos y el manual de contratación.

RESPUESTA ENTIDAD

En relación a la observación de que los informes de supervisión no muestran seguimiento administrativo y financiero de los contratos,... Ahora bien, si el organismo de control recomienda que esta información obre en un solo formato, la entidad procederá a revisar y modificar los existentes.

ANÁLISIS DE LA RESPUESTA

El equipo auditor mantiene la observación y se valida como hallazgo por cuanto estos formatos no revelan de fondo control y seguimiento a través de la figura del supervisor.

Observación No. 2 Política de Prevención Daño Antijurídico

Decreto No. 1069 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho” artículo 2.2.4.3.1.2.5. Funciones. El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones: “Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico”. Artículo 2.2.3.4.1.14. Verificación. “Los jefes de control interno de cada entidad verificarán el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente capítulo”.

De otro lado, la ANDJE ha implementado diferentes documentos que sirven de guía para la formulación de las políticas de prevención del daño antijurídico, tales como:

- Circular Externa No. 03 de 2014, Metodología para la formulación e implementación de Políticas de Prevención.

- Circular Externa No. 06 de 2016 – Lineamientos para el seguimiento a la formulación e implementación de las políticas de prevención del daño antijurídico.
- Guía para la generación de las políticas de prevención del daño antijurídico.
- Manual para la prevención de las políticas del daño antijurídico.
- Paso a paso para la elaboración de las políticas de prevención del daño antijurídico.

Pese a lo anterior, la ANDJE no cuenta con una política de Estado que le permita exigir a las entidades del orden nacional, el cumplimiento de la formulación de la “Política de Prevención del Daño Antijurídico”, estipuladas en las Circulares anteriormente mencionadas, lo cual imposibilita la obtención de la totalidad de la información, correspondiente a los procesos judiciales en contra de la Nación e impidiendo la protección de los intereses del estado.

Según información de la ANDJE, a 31 de diciembre de 2018, el 82,9 % de las entidades públicas del orden nacional, cuentan con política de prevención del daño antijurídico, sin embargo, existen catorce (14) entidades que han hecho caso omiso de cumplir con el deber de *“formular sus políticas de prevención del daño antijurídico, siguiendo la metodología y formatos previstos....”*, desde el año 2014, dentro de las cuales se destaca la Procuraduría General de la Nación, la cual, registra 2.704 procesos de litigiosidad en contra por \$30.96 billones, situación que evidencia el incumplimiento de las funciones del Comité de Conciliación, establecidas en el artículo 2.2.4.3.1.2.5, y de la Oficina de Control Interno de esta Entidad, según lo estipulado en el artículo 2.2.3.4.1.14, capítulo 4. información litigiosa del estado sección 1 del Decreto No. 1069 de 2015.

RESPUESTA ENTIDAD

La política pública en materia de prevención del daño antijurídico se desarrolla a través de los lineamientos y protocolos que elabora la Agencia en cumplimiento de la función de “proponer, implementar y hacer seguimiento a la política pública de prevención del daño, las conductas y los actos antijurídicos”, tal como lo señala el numeral 1 del artículo 6 del Decreto Ley 4085 de 2011.

En el marco de estas competencias, a la Agencia le corresponde expedir lineamientos dirigidos a objetivos específicos, con la particularidad de que estos tienen carácter vinculante para las entidades públicas del orden

nacional, conforme a lo ordenado por el inciso 2° del numeral 2 del artículo 6 del Decreto Ley 4085 de 2011...

ANÁLISIS DE LA RESPUESTA

La observación se mantiene, toda vez que, lo expresado por la entidad no desvirtúa lo evidenciado por el Ente de Control por cuanto, pese a que la ANDJE envía oficios, suscribe actas y brinda asesorías a las entidades, algunas hacen omisión al cumplimiento a dicho deber legal.

Observación No. 3 Ley de archivo expedientes administrativos

Ley 594 de 2000, Por medio de la cual se dicta la Ley General de Archivos y se dictan otras disposiciones, artículo 4, Principios Generales; artículo 11, obligatoriedad de la conformación de los archivos públicos; artículo 24, obligatoriedad de las tablas de retención documental.

Revisados los documentos soportes de los contratos seleccionados, se evidenciaron deficiencias en el archivo de las carpetas contractuales, tales como: los documentos no son archivados en orden cronológico y no se encuentran organizados de acuerdo con el proceso contractual, los informes producto del cumplimiento del objeto del contrato, reposan en diferentes fuentes de información como el SECOP II, el aplicativo Orfeo y otros como los archivos de consulta interna de las áreas relacionadas.

Lo anterior, debido a inobservancia de los principios generales que rigen la función archivística de la Ley 594 de 2000 así como debilidades en el sistema de Control Interno de la entidad.

RESPUESTA ENTIDAD

En este sentido la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, desde el año 2014 implementó el Sistema ORFEO, instrumento que incorpora las tecnologías consagradas en el artículo 19° ibidem y las actividades realizadas a la fecha para la construcción de un Sistema de Gestión de Documentos Electrónicos de Archivo, ha dado cumplimiento a los requisitos: a) Organización archivística de los documentos; b) Realización de estudios técnicos para la adecuada decisión, teniendo en cuenta aspectos como la conservación física, las condiciones ambientales y operacionales, la seguridad, perdurabilidad y reproducción de la información contenida en estos soportes, así como el funcionamiento razonable del sistema.

ANÁLISIS DE LA RESPUESTA.

La observación continua y se valida como hallazgo, por cuanto la deficiencia evidenciada por la CGR con respecto a la organización de los expedientes contractuales tanto física como digital, no permite la ubicación precisa, oportuna y completa de la información; por lo tanto, lo expresado por la entidad no desvirtúa lo observado

Observación No. 4 Principio de Coordinación y Colaboración

Ley 489 de 1998, Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, artículo 6, Principio de Coordinación, 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 el documento CONPES 3722 del 29 de marzo de 2012, recomendó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Departamento Nacional de Planeación y al Ministerio de Justicia y del Derecho: “Emitir concepto favorable a la Nación para contratar un empréstito externo con la Banca Multilateral por USD \$10.000.000 o su equivalente en otras monedas, destinados a financiar el Programa de Fortalecimiento de la Defensa Jurídica del Estado.

El decreto 1069 de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho*” Capítulo 4, Sección 1, Artículo 2.2.3.4.1.2. “*Objetivo. El Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado - eKOGUI, es la herramienta para la adecuada gestión del riesgo fiscal...*” sin embargo la ausencia de convenios que, le permita acercamiento y establecimiento de compromisos para mantener actualizada la información en el sistema eKogui, entre la Agencia y las entidades que más litigiosidad tienen, ocasiona que ésta no sea confiable, efectiva y oportuna para prevenir el daño antijurídico, como el caso de la base de datos que a la fecha maneja la Rama Judicial y los registros que maneja la Dirección de Gestión de la Información (Ekogui) los cuales no son compatibles.

Lo antes expuesto, evidencia deficiencias en la aplicación del principio de coordinación y colaboración entre autoridades administrativas y en el sistema de Control Interno de la Entidad.

RESPUESTA ENTIDAD

... Por su parte, el sistema eKOGUI está dirigido a las entidades públicas de orden nacional y tiene como objetivo ser “el único sistema de gestión de información del Estado, para el seguimiento de las actividades, procesos y procedimientos inherentes a la actividad judicial y extrajudicial del Estado, ante las autoridades nacionales e internacionales”. En el sistema eKOGUI se registran las actuaciones realizadas por las entidades en los procesos y casos a medida que realizan su defensa judicial.

... en cuanto a la confiabilidad de la información, la Agencia periódicamente realiza validaciones sobre la calidad de la información registrada en el Sistema. Por ejemplo, entre enero del 2017 y marzo del 2019 ejecutó un proyecto de alistamiento de la información de los procesos judiciales que tenía como principal objetivo, preparar la información para ser migrada a la versión 2.0 del Sistema...

ANÁLISIS DE LA RESPUESTA

Lo expuesto por la entidad no desvirtúa lo evidenciado por la CGR y por tanto se valida como hallazgo tenido en cuenta que la Agencia no le da cumplimiento con eficiencia y eficacia al criterio que a reglón seguido transcribimos. “Ley 489 de 1998, Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, artículo 6, Principio de Coordinación, 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”.

Observación No. 5 Contratos Prestación de Servicios

Directiva Presidencial No. 09 de 2018, Directrices de Austeridad, numeral 1.6 “Las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, deberán actuar en procura de la eliminación gradual y progresiva de los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, ejecutando planes para proponer y realizar las reestructuraciones necesarias, sin afectar la prestación del servicio y el cumplimiento de los fines misionales de cada entidad”.

La ANDJE durante la vigencia de 2018, ejecutó recursos por \$34.112.376.276 a través de contratos de prestación de servicios en 219 contratos para el apoyo a la gestión, defensa y representación del Estado colombiano ante los diferentes organismos e instancias nacionales e internacionales, correspondientes a Gastos de personal y otras transferencias, incumpliendo con el numeral 1.6 de la Directiva presidencial

arriba mencionada, al no haber efectuado la “*eliminación gradual y progresiva.....*” de esta modalidad de contratación, para atender la defensa jurídica internacional, nacional y servicios técnicos.

Lo anterior conlleva a que no se efectuó una adecuada ejecución del gasto en las normas de austeridad y la Entidad deba asumir costos diferentes al salario, como las cargas prestacionales, los parafiscales y los aportes a la seguridad social.

RESPUESTA ENTIDAD

... En cumplimiento de esta regulación, la Entidad celebró durante la vigencia de 2018 contratos de prestación de servicios previa verificación de que no existiera personal en planta con capacidad para realizar las actividades objeto de los contratos... Durante el año 2019, la Entidad ha llevado a cabo estudios y una rigurosa planeación, para reducir sustancialmente los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión para atender la defensa jurídica internacional y nacional y demás servicios que se requiere y así mismo está realizando el proceso para la reestructuración de la Planta de personal de la Agencia, con el fin de reducir la contratación antes mencionada y así estar acorde con las normas de austeridad establecidas por el gobierno nacional...

ANÁLISIS DE LA RESPUESTA

La observación continua y se valida como hallazgo por cuanto lo expresado por la Agencia no desvirtúa lo evidenciado por el Ente de Control, toda vez que la entidad manifiesta que la planta de personal es insuficiente.

Observación No. 6 Contrato Realidad

Ley 790 de 2002, Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al presidente de la República, artículo 17 Plantas de personal; Código Sustantivo del Trabajo, artículo 23, Elementos esenciales: artículo 24, Presunción; Constitución Política de Colombia 1991, artículo 2, Son fines esenciales del Estado, artículo 53, El Congreso expedirá el estatuto del trabajo.

Corolario de lo anteriormente enunciado, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se encuentra en riesgo de afrontar sendas demandas como contratos de prestación de servicio, teniendo como causa la posible constitución de la figura del contrato realidad, dada la aplicación de la relación contractual pues el contratista no puede desempeñar varias

actividades en diferentes entidades al mismo tiempo ya que no cumplen funciones ocasionales, teniendo en cuenta que se pueden dar los tres requisitos enunciados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, (Ley 50 de 28 de diciembre de 1990), como lo son: la actividad debe ser desarrollada de manera personal por el contratista, la prolongada subordinación respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, sumado a esto, el salario como retribución del servicio.

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 48448 del 25 de julio de 2018 con ponencia del magistrado Rigoberto Echeverri Bueno señaló:

“una formalidad establecida por los sujetos de la relación laboral, no puede estar por encima de lo que haya sido realmente el desarrollo material de la vinculación, pues es precisamente como se da efectivamente la ejecución de ésta, lo que debe tener primacía frente a lo pactado por las partes, en virtud del principio constitucional de la prevalencia de la realidad sobre las formas”.

Es de advertir que se debe tener en cuenta que prima la situación objetiva sobre la forma.

También, el artículo 23 del código sustantivo del trabajo, en su numeral 2 hace referencia al contrato realidad cuando expresa:

“Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”.

Condición que deberá ser rogada teniendo en cuenta que es el juez quien apreciará el trasfondo de la relación contractual es decir hará la declaración del contrato de trabajo realidad, donde la realidad se impone a las formas contractuales asumidas o acordadas por las partes.

Al respecto ha señalado la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 63339 del 25 de julio de 2018 con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo afirmó:

“Advierte la Sala que si bien en un convenio de prestación de servicios, el contratante o la persona que este designe para su coordinación puede dar algunas indicaciones al contratista para la ejecución de las labores a desarrollar, aquellas deben generarse en un marco que no elimine la independencia y autonomía de este, de modo que es la forma en que se ejecute la relación de trabajo entre las partes lo que determina si se trata de un verdadero contratista o de un trabajador subordinado, en virtud de la

aplicación del mencionado principio de la primacía de la realidad sobre las formas contractuales”.

Es decir que el contratista puede recibir instrucciones, ser supervisado, pero no hasta el punto en que esté sometido de tal forma que pierda la autonomía que caracteriza las relaciones contractuales distintas a la laboral.

Teniendo como efecto que la Agencia en comento tendría que reconocer más derechos al trabajador, como el pago de prestaciones sociales, seguridad social, aportes parafiscales, trabajo extra, recargos nocturnos, trabajo dominical y festivo, entre otros; impactando la efectividad de su política de prevención del daño antijurídico.

RESPUESTA ENTIDAD

...De otro lado, la Agencia realiza capacitaciones a los supervisores de los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión, con el fin de que se dé el tratamiento correcto a esta modalidad de contratación... Una modalidad contractual como la de prestación de servicios no es perse, causa potencial de daño antijurídico. Esta situación sería consecuencia de la celebración de este tipo de contratos, y de la configuración de los elementos del contrato realidad.

ANÁLISIS DE LA RESPUESTA

La observación se mantiene y se valida a la fecha como hallazgo, teniendo en cuenta la posibilidad de una eventual desnaturalización de los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión.