

05.310.038.2007



AUDITORIA GENERAL

**MEMORANDO INTERNO**

**Devolver Copia Firmada**

Bogotá D. C.,

OJ110-

**PARA: Doctor ANDRÉS AUGUSTO DÍAZ SÁENZ**  
Auditor Auxiliar

**DE: CIRO ALBERTO VALDERRAMA MANTILLA**  
Director Oficina Jurídica

**REFERENCIA: N.U.R.: 200-3-563**

Respetado Doctor Díaz Sáenz:

La dirección jurídica ha recibido la solicitud de la referencia, en relación con el alcance de la prohibición contenida en el numeral 22, artículo 35 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único. Al respecto consideramos necesario realizar las siguientes precisiones jurídicas:

El artículo 35 del Código Disciplinario Único, establece las prohibiciones a que se encuentra sometido todo servidor público, entendiéndose que esta calidad no está supeditada al horario de jornada laboral, o al periodo de vinculación con la administración, en tanto ciertas prohibiciones se mantienen aún después de retirarse del cargo, o por fuera de su horario normal de trabajo.

Es así como el numeral 22 del artículo precitado señala lo siguiente:

*"ARTÍCULO 35. PROHIBICIONES. A todo servidor público le está prohibido:*

(...)

22. Prestar, a título particular, **servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, hasta por un término de un año**

*Reubi  
Zaire  
Julio 27/07  
26/03/07*

**después de la dejación del cargo o permitir que ello ocurra.**  
(Subrayado y negrillas fuera del texto).

Tenemos entonces que el numeral 22 se refiere a una prohibición aplicable a aquellos que se desempeñan o se desempeñaron como servidores públicos, que se constituye como tal, desde el momento en que el particular se vincula con la administración, y se mantiene aún cuando se haya retirado del cargo al cual estaba vinculado.

Los servidores públicos son aquellos que se encuentran vinculados con la administración de cualquier orden, nacional o territorial, como miembros de las corporaciones públicas, empleados públicos y trabajadores oficiales.

La vinculación de los empleados públicos, es denominada por la ley como legal o reglamentaria, y se realiza a través del nombramiento y la posesión, como manifestaciones de la administración a través de acto administrativo. Se caracteriza este tipo de vinculación por la reglamentación previa que hace la ley, de la relación de trabajo que subsiste entre la administración y el empleado.

Al respecto ha señalado la Corte Constitucional lo siguiente:

**"3.2. A partir de la Constitución de 1991, la función pública constituye uno de los problemas mas complejos de la administración, ya que se ocupa no sólo de la clasificación de las distintas categorías de las personas que sirven a la administración, sino de su ingreso, permanencia, ascenso, retiro, deberes, prerrogativas, incompatibilidades, y prohibiciones (artículos 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131 de la Constitución).**

*3.3. Así las cosas, los servidores públicos sólo pueden hacer aquello que les está permitido por la Constitución y las leyes respectivas, y de ello son responsables. A diferencia de los particulares, que pueden hacer todo aquello que la Constitución y la ley no les prohíba, principio encaminado a la protección de los intereses de los administrados.*

*3.4. Conforme a lo dispuesto por el artículo 209 de la Carta Política, la función administrativa se encuentra instituida "al servicio de los intereses generales" y ha de cumplirse de manera tal que **a través de las actuaciones de los funcionarios públicos se hagan efectivos "los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad"** lo que **significa que las conductas contrarias a estos principios constituyen quebranto de la Constitución Política, que habrá***

de sancionarse de acuerdo con la ley.<sup>1</sup>(Subrayado y negrillas fuera del texto).

De lo anterior se colige que la Corte Constitucional, ha entendido la relevancia de la función pública, como elemento dinámico de la estructura del Estado, señalando la necesidad de establecer las garantías suficientes para que esa función pública no se vea perjudicada con las actuaciones de aquellos que la desarrollan, o de aquellos que en un momento determinado la desarrollaron.

En ese orden de ideas, debe garantizarse el cumplimiento de los deberes arrojados a los servidores públicos, con el fin de mantener una estructura funcional dentro de la administración, que permita desarrollar los fines establecidos en la carta fundamental. Señala el Tribunal Constitucional en sentencia precitada:

**"4.1. En armonía con lo antes expuesto le corresponde al Estado garantizar que la actividad que desarrollan los servidores públicos en ejercicio de sus funciones se ajuste, de manera estricta, a lo establecido por la Constitución y la ley. Precisamente por ello, el artículo 6 de la Constitución señala que los servidores públicos son responsables no solo por infringir la Constitución y las leyes, sino, también cuando incurran en omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, norma ésta que guarda estrecha relación con el artículo 123 de la Carta según el cual, los servidores públicos "están al servicio del Estado y de la comunidad" y sometidos a "la Constitución, la ley y el reglamento".**

*De la misma manera el artículo 124 de la Constitución le ordena a la ley que determine "la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva".*

**De esta suerte, es al Congreso de la República al que le corresponde, en ejercicio de la atribución que le otorga el artículo 150 de la Constitución, expedir el código disciplinario de los servidores públicos, en el cual se señalen con claridad las faltas en que pueden incurrir, así como las sanciones correspondientes y el procedimiento para conocer de aquellas e imponer las últimas cuando fuere el caso, siempre con la garantía del debido proceso que consagra el artículo 29 de la Constitución.**<sup>2</sup> (Subrayado y negrillas fuera del texto)

<sup>1</sup> Sentencia C-893 de 2003, Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

<sup>2</sup> Ibidem.



El Congreso de la República es el encargado de expedir las normas que desarrollen los objetivos planteados a nivel constitucional, con relación a las prohibiciones atribuidas a los servidores públicos, en tanto su calidad los obliga al acatamiento de unos principios sustentados en las finalidades del Estado Social de Derecho.

Señala la Corte Constitucional:

*"4.4. Dentro de este contexto, el legislador estableció que los servidores públicos están sometidos a un régimen especial de incompatibilidades, inhabilidades, y prohibiciones; entendiéndose como incompatibilidades la situación de choque o exclusión creada por el ejercicio simultáneo de funciones públicas o privadas, con lo cual se lesionan los principios de moralidad, la convivencia pacífica, la igualdad y la transparencia.*

*Inhabilidad, como aquel límite razonable a los intereses particulares de los servidores públicos, o, cuando ciertas actuaciones privadas no pueden adelantarse ante uno o varios sectores del Estado, por haber servido en ellas y esto, para evitar el tráfico de influencias o el aprovechamiento privado de posiciones oficiales que desempeñaron en el pasado inmediato; y por último, prohibición como una obligación de no hacer, con la finalidad de garantizar el interés general frente a los intereses de los particulares, en relación con quienes están o han estado al servicio del Estado.*<sup>3</sup> (Subrayado y negrillas fuera del texto).

A los empleados públicos se les aplican las prohibiciones contenidas en el artículo 35 ya citado, en tanto pertenecen al género de servidores públicos. Y entendiendo que la prohibición subsiste aún cuando el servidor público se ha desvinculado por la administración, podemos afirmar que es una prohibición que recae también sobre los particulares sin vinculación actual con la administración.

El numeral 22 precitado establece una prohibición que en primera medida señala un plazo de hasta un año, desde el momento en que el servidor público se haya retirado del cargo, sin embargo la Honorable Corte Constitucional, ha entendido que esa prohibición limitada en el tiempo se entenderá aplicable, siempre y cuando no se trate de asuntos de naturaleza concreta, inherentes al cargo al cual estaba vinculado el servidor público.

Decide la Corte en la sentencia precitada, lo siguiente:

**"Declárase EXEQUIBLE el numeral 22 del artículo 35 de la ley 734 de 2002 en el entendido que la prohibición establecida**

<sup>3</sup> Ibidem.

en este numeral será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones; y que será de un (1) año en los demás casos, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismo al que se haya estado vinculado."<sup>4</sup> (Subrayado y negrillas fuera del texto).

Así las cosas, la prohibición no solo es aplicable en relación con la entidad en sí, sino también frente a aquellas entidades que están sometidas al control, la inspección y vigilancia de aquella con la cual se tuvo el vínculo laboral.

El Estado como ente encargado de hacer efectivos a un nivel material, los fines esenciales del estado Social de Derecho, ostenta la potestad de formular las reglas cardinales del control disciplinario al que deben estar sometidos los servidores públicos, con miras a subordinar sus actuaciones dentro de un marco de la ética del servicio.

Lo anterior debe constituirse como una directriz primaria de los servidores públicos o particulares a quienes resultan aplicables las prohibiciones contenidas en el código disciplinario, así mismo a los sujetos nominadores u ordenadores del gasto de las entidades del estado.

Afirma la Corte Constitucional lo siguiente:

*"Constituye elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado social de derecho, la potestad del mismo de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, dada la especial sujeción de éstos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de una función pública; de manera que, el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública."<sup>5</sup>*

Respecto de las funciones de la Contraloría General de la República, la Corte Constitucional, de manera reiterada ha señalado la competencia de la siguiente manera:

<sup>4</sup> Ibidem.  
<sup>5</sup> SENTENCIA C-708 de 1999. Magistrado Sustanciador: Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS. Bogotá D.C., veintidós (22) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).



**"En cuanto a los sujetos sobre los cuales se ejerce la vigilancia fiscal, cabe mencionar, que independiente de la naturaleza pública o privada, o de sus funciones, o de su régimen ordinario o especial, los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, quedan sujetos al control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República, por supuesto circunscrito a la gestión fiscal realizada. Por lo que es claro, que el artículo 267 de la Constitución, al disponer que la Contraloría General de la República vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación, sin excepción alguna, consagra una cláusula general de competencia para ésta entidad, a la cual se le encomendó, de manera exclusiva y excluyente, la función pública de control fiscal."**<sup>6</sup>

Y reitera la Corte en la misma sentencia:

**"Vigilancia y control fiscal de la Auditoría, que en el marco de la Constitución de 1991, le corresponde al máximo órgano de control fiscal, en cuya cabeza el constituyente radicó la cláusula general de competencia para ejercerlo. Es decir, es a la Contraloría General de la República, a la que le corresponde la vigilancia de la gestión fiscal de la Auditoría, dado que en Colombia únicamente ésta entidad, de manera general, se encuentra autorizada por la Carta Política para ejercer vigilancia y control fiscal; y, solo de manera excepcional, la Constitución autorizó a la Auditoría para la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría."**<sup>7</sup>

Tenemos entonces, que al estar la Auditoría General de la República, sometida a la vigilancia y control de la Contraloría General de la República, es aplicable de plano, la prohibición contenida en el numeral 22 del artículo 35 del Código Disciplinario Único, en tanto la Corte al declarar condicionalmente exequible el numeral en mención, ha sido enfática al señalar que aquella prohibición se extiende mas allá de los límites organizacionales de la Entidad en la cual en funcionario prestó sus servicios, y recae también sobre aquellas entidades sometidas a la vigilancia, la inspección o el control de la primera.

Podemos concluir que de lo anterior se desprende una prohibición clara de contratar con la Auditoría, para un funcionario que se desempeñó en la oficina jurídica de la Contraloría General, en el entendido de que dicha prohibición se encuentra vigente por un año a partir de la cesación del vínculo con la Contraloría, siempre y cuando la vigilancia y control no fuera una función propia

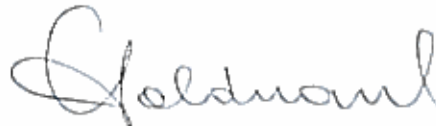
<sup>6</sup> Sentencia C-1176 de 2004. Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

<sup>7</sup> Ibidem.

del cargo desempeñado; de lo contrario la prohibición nace indefinida en el tiempo y se mantiene vigente aún después de cumplido un año contado a partir de la desvinculación.

El presente concepto, al tenor del artículo 25 del código Contencioso Administrativo, no compromete la responsabilidad de la Auditoría General de la República, ni es de obligatorio cumplimiento.

Cordialmente,



**CIRO ALBERTO VALDERRAMA MANTILLA**  
Director Oficina Jurídica

MJV