

Circular externa

FAVOR DEVOLVER  
COPIA FIRMADA



SIA. 2016 000328



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20161100019801.

Fecha: 27-06-2016

Bogotá D.C.  
110

YN595790322-00

Doctora  
**IRMA LILIANA RODRIGUEZ MARTINEZ**  
Calle 10 No. 19-66  
San Jose del Guaviare  
Liroma310@hotmail.com

**ASUNTO:** Respuesta consulta – Inhabilidades

Respetada doctora Rodriguez:

## I. ANTECEDENTE

Mediante memorial recibido en esta Oficina Jurídica de fecha 20 de mayo de 2016, se solicita conceptuar acerca de inhabilidades para ejercer un cargo, en consideración a que estuvo vinculada hasta el 31 de diciembre de 2015 como secretaria de Gobierno en el Guaviare, y requiere saber si estaría inhabilitada para trabajar en la Contraloría General de la República-Gerencia Departamental del Guaviare.

## II. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Antes de brindar una respuesta a su solicitud, debemos advertir que la misma se efectúa con el alcance previsto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, en respuesta a una petición en la modalidad de consulta, constituyen orientaciones y puntos de vista generales que no comprometen la responsabilidad de la entidad, ni tienen carácter obligatorio ni vinculante, pues, de acuerdo con nuestras facultades constitucionales y legales, no podemos pronunciarnos sobre

28 JUN 2016

*Vigilando para todos*



Cra. 57C No. 64A-29, barrio Modelo Norte - Bogotá D.C. - Colombia  
PBX: [57-1] 318 68 00 - 361 67 10 - Línea gratuita 018000 120205  
participacion@auditoria.gov.co @auditoriagen auditoriageneral  
www.auditoria.gov.co

situaciones individuales y concretas que puedan ser objeto de control y vigilancia posterior.

De conformidad con lo establecido en el artículo 18 del Decreto Ley 272 de 2000, son funciones de la Oficina Jurídica:

(...)

*3. 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.*

En ese sentido y teniendo en cuenta el interrogante planteado en su solicitud, me permito manifestarle que la Auditoría General de la República solo tiene competencia para pronunciarse sobre consultadas formuladas por el Auditor General de la República o las generadas por sus dependencias. Sin embargo, como una manera de efectuar simples orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares, consideramos que para la designación del cargo que menciona, debe observarse las normas constitucionales, legales y reglamentarias sobre el particular, además de las reglas jurisprudenciales que sobre materia de inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos existan para la aspiración a un cargo público.

### III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La inhabilidad es la incapacidad, ineptitud o circunstancias que limitan la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, que le impiden o incapacitan para ser designada o elegida para ocupar un cargo público, por razones vinculadas con los altos intereses públicos.

Las inhabilidades constituyen impedimentos para poder ejercer una función determinada o para que una persona sea elegida o designada para desempeñar un cargo público, que al igual que los impedimentos, las incompatibilidades y en general las prohibiciones legales, son siempre taxativas, determinadas expresamente en una ley o en la Constitución.

Sobre el particular, la jurisprudencia ha señalado:

"Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo"<sup>1</sup>

El artículo 35, numeral 22 de la Ley 734 de 2002 "Por el cual se expide el Código Disciplinario Único", dispuso en relación a la prohibición para que ex servidores públicos gestionen intereses privados, lo siguiente:

*Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:*

(...)

*22. Modificado por el artículo 3°, Ley 1474 de 2011. 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 después de la dejación del cargo o permitir que ello ocurra..(...).*

*Numeral anterior declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-893 de 2003, en el entendido que la prohibición establecida en este numeral será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en el 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 organismos al que se haya estado vinculado. (Subrayado es nuestro)*

En la citada sentencia la Corte Constitucional expresó:

*"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>1</sup> Sentencias C-380-97, M.P. Hernando Herrera Vergara y C-200-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

(...)

4.6. De acuerdo con lo anterior, la Corte considera que en efecto las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones impuestas al servidor público, extendiéndolas en el tiempo, a quienes hayan dejado de pertenecer a la administración, tienen como finalidad impedir el ejercicio de influencias, bien para gestionar negocios o para obtener contratos amparados en la circunstancia de haberlos conocido o tramitado mientras se estuvo vinculado a la administración.

En este orden de ideas, la adopción por el legislador de un régimen específico de incompatibilidades y el establecimiento de prohibiciones a los servidores públicos para que queden separados de manera nítida los intereses particulares y el ejercicio de las funciones públicas, resulta plenamente acorde con los principios que informan el Estado de Derecho, entre los cuales es de su esencia que la función pública se realice dándole eficacia a los principios que para ella señala el artículo 209 de la Constitución..”.

Por su parte, la Ley 1474 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública” modificó el texto del numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, así:

*“Artículo 3°. Prohibición para que ex servidores públicos gestionen intereses privados. El numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 quedará así:*

*Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, 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.*

*Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.*

*Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe sujetos claramente determinados.”*

Al observar la norma en precedencia, es clara que la prohibición para los ex servidores públicos es para que presten servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra o a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado.

De conformidad con las normas precedentes y atendiendo su consulta, esta Oficina Jurídica considera que en su condición de ex empleada en uno de los munic

pios del Guaviare, no se encuentra en principio inhabilitada para vincularse en la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental del Guaviare.

Sin embargo, estimamos que su situación pudiese más bien estar delimitada en el campo de los impedimentos, pues, siendo la acción fiscal eminentemente administrativa, resulta aplicable el enunciado constitucional de la imparcialidad de los servidores públicos, dentro de los procesos de responsabilidad fiscal que eventualmente pueda tener a cargo, lo cual permite observar la transparencia contenida en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política de Colombia, como uno de los principios básicos de la función pública, como forma de garantizar la neutralidad e imparcialidad en las decisiones que se profieran.

En efecto, en todas las acciones administrativas y judiciales, existen normas que instruyen sobre la forma de aplicar los impedimentos y recusaciones la cual debe analizarse en cada caso en particular antes de tomar decisiones que puedan derivar que se aparte a los jueces o al funcionario, pues, los impedimentos y recusaciones están establecidos en forma expresa en las normas que regulan el proceso, razón por la cual se infiere de ellos la aplicación de los principios de taxatividad y excepcionalidad, en razón a que ellas comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al juez, o al funcionario de conocimiento y como tal están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden aplicarse discrecionalidad alguna a criterio de los jueces o de los funcionarios de conocimiento.

Así, en los procesos de responsabilidad fiscal es jurídicamente viable dar aplicación a lo dispuesto en la Ley 610 de 2000, pues tal normatividad reglamenta la indagación preliminar como dicho proceso. La precitada ley regula el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, respecto al procedimiento ordinario, y a su vez, la Ley 1474 de 2011, implementa el procedimiento verbal y además crea normas comunes a ambos procedimientos.

El Capítulo II de la Ley 610 de 2000, regula lo relacionado con los impedimentos, dado que el artículo 33 es claro en señala el deber de los servidores públicos que conocen del proceso de responsabilidad fiscal a efecto que se declararen impedidos cuando se configure alguna causal de impedimento o recusación.

Los servidores públicos que intervienen en la indagación preliminar fiscal y el proceso de responsabilidad fiscal, como el funcionario del conocimiento, el sustanciador, quien esté comisionado para la práctica de pruebas, deberán declararse impedidos si en ellos concurre una causal de las establecidas en el artículo 130 de la Ley 1437 de 2011. De igual manera podrán ser recusados por las mismas causas,

entendiendo que en el impedimento el operador jurídico lo aparta la ley, mientras que en la recusación lo separa el litigante.

A su vez, el artículo 113 de la Ley 1474 de 2011, que derogó el artículo 34 de la Ley 610 de 2000, estableció que las únicas causales de impedimento y recusación para los servidores públicos intervinientes en el trámite de las indagaciones preliminares y procesos de responsabilidad fiscal son las previstas para los jueces y magistrados en la Ley 1437 de 2011.

Por su parte, el artículo 35 ibídem señala el procedimiento a seguir en caso de impedimento o recusación de los citados funcionarios, así:

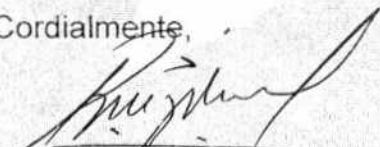
*"ARTÍCULO 35. PROCEDIMIENTO EN CASO DE IMPEDIMENTO O RECUSACIÓN. El funcionario impedido o recusado pasará el proceso a su superior jerárquico o funcional, según el caso, fundamentando y señalando la causal existente y si fuere posible aportará las pruebas pertinentes, a fin de que el superior decida de plano si acepta el impedimento o la recusación y en caso afirmativo a quien ha de corresponder su conocimiento o quien habrá de sustituir al funcionario impedido o recusado".*

El superior jerárquico o funcional del funcionario que se declaró impedido o acepte la recusación, decidirá de plano si acepta el impedimento o la recusación y en caso afirmativo a quien le corresponderá su conocimiento o quién habrá de sustituir a dicho funcionario.

En este sentido, para resolver el impedimento o la recusación deberá aplicarse el artículo 35 de la Ley 610 de 2000 y en lo no previsto en ésta, remitirse a los ordenamientos de que trata el artículo 66 de la precitada norma. En consecuencia, teniendo en cuenta que la ley estableció el procedimiento a seguir, no es viable la aplicación de las fuentes normativas enunciadas en el citado artículo 66 de la precitada Ley 610 de 2000.

De esta forma, de manera general y abstracta esperamos haber orientado sobre la inquietud planteada, reiterándole que este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 del CPACA, por lo tanto no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Cordialmente,



**ROBERTO ENRIQUE ARRAZOLA MERLANO**

Director Oficina Jurídica