



Radicado No: 20181100007411

Fecha: 21-03-2018

Bogotá,
110

Señora
MONICA TORRES
pintomonica@yahoo.com

Referencia: **Radicado 20182330005352 SIA ATC 2018000099**
Concepto sobre las facultades de un ex funcionario público.

Cordial Saludo:

En atención a su solicitud de la consulta referida en el asunto, sobre la siguiente inquietud planteada:

"Muy respetuosamente realizo la siguiente consulta, un funcionario que ya no labora en la entidad, está facultado para dar soporte y solicitar documentos en una auditoria interna, aclarando que esta persona ha sido autorizada por el representante legal no tiene vínculo laboral ni contractual el auditor?"

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, es necesario manifestar que dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoria General de la Republica, de conformidad con el artículo 274 de la Constitución Política y el Decreto 272 de 2000, donde se establece la organización y funcionamiento de la Entidad, y específicamente el numeral 2 de artículo 13, donde se reglamentan las funciones de la Oficina Jurídica, instituyendo:

"Oficina Jurídica. Prestar la asesoría jurídica requerida por el Auditor General de la República y demás dependencias del organismo, velando por que se actúe de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y coadyuvando en la consolidación de la unidad de criterio que debe acompañar la labor de las dependencias de la Auditoría, así como participar en la formulación y adopción de los planes, programas y proyectos de la entidad".

Este ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que se ejerce un control posterior y selectivo de la gestión fiscal. Por lo anterior no se emiten conceptos de situaciones



particulares o concretas que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia.

Una vez analizada la solicitud, observamos que la información suministrada no es precisa, sino que se realiza de una manera muy precaria y divergente, lo que se puede deducir, es si un ex funcionario continua con facultades y alcance sobre las auditorías realizadas en calidad de funcionario de una Entidad.

Con el propósito de brindar una ilustración que contribuya a dar una clarificación sobre el tema, pasa esta Oficina Jurídica a formular algunas consideraciones de manera general y abstracta teniendo en cuenta la inquietud formuladas por la consultante.

La auditoría va encaminada a la revisión de las actividades, resultados y procedimientos de un sujeto de control, con el fin de comprobar que funcionan de conformidad con las normas, principios y procedimientos establecidos.

El ejercicio de auditoría debe realizarse de acuerdo con las normas, políticas y procedimientos de auditoría de general aceptación, de manera que el examen y resultado, proporcione una base razonable de la opinión y conceptos expresados en el informe.

El auditor que se desvincule laboralmente y dé por terminada su relación laboral con el Estado, automáticamente le entran a regir las prohibiciones contempladas en el artículo 3º de la Ley 1474 de 2011, Estatuto Anticorrupción, donde se establece:

“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 organismos 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 decisiones durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe sujetos claramente determinados.”



Este tipo de prohibiciones pretende eliminar las prácticas indebidas de influencias o favoritismos en la administración pública. Por medio de estas prohibiciones se garantiza el interés general frente a los intereses de los particulares. En el entendido que terceros se puedan beneficiar de información especial que posee el ex servidor público y puedan ser usadas en contra de la entidad o de los intereses públicos.

En este sentido se pronunció sobre el tema la Corte Constitucional, mediante sentencia C-257-13, así:

"(...) No escapa a la consideración de la Corte que la ampliación de este término, como se señaló, implica un régimen más estricto y por tanto más restrictivo para los servidores públicos en la perspectiva de sus derechos constitucionales al trabajo, libertad de escoger profesión, arte u oficio y a la igualdad. Sin embargo no es menos cierto que la decisión adoptada dentro del margen de configuración que la jurisprudencia ha reconocido al legislador en esta materia, no desconoce los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, si el tema se mira en el balance necesario entre los fines legítimos propuestos y la restricción de los derechos por un plazo de dos (2) años.

Para la Corte ninguna de las hipótesis restrictivas miradas desde el punto de vista del plazo de dos años de duración de las prohibiciones, incompatibilidades e inhabilidades de los servidores públicos que han dejado el cargo, resultan manifiestamente desproporcionadas o irrazonables, pues no solo no implican una negación del derecho, toda vez que la restricción no se establece como permanente, vale decir que no afecta el núcleo esencial de los derechos en juego, sino que no limitan la posibilidad de acceso a otros escenarios laborales por fuera de la disposición.

En relación con el punto concreto del examen necesidad de la medida, vale decir si es un mecanismo útil y que contribuye claramente al fin constitucional perseguido (bien jurídico), la Corte admite que la medida es debatible, dado que, como lo plantea el demandante y algunos intervinientes, existen en el ordenamiento jurídico otras disposiciones que lograrían la misma finalidad, sin afectar el derecho fundamental al trabajo y a la libertad de escoger profesión, arte u oficio.

En efecto:

El servidor público al dejar su cargo, en los casos puntualmente examinados, aunque tiene limitados unos escenarios concretos y definidos para desarrollar sus actividades laborales y sus competencias profesionales o técnicas, de ello no se deriva que por fuera de ellos no pueda desempeñar actividades compatibles con su experiencia, trayectoria e intereses. Esa medida constitucionalmente legítima escogida por el legislador en el marco de una política estatal en favor de la moralidad administrativa, no cercena el ejercicio de los derechos de los ex servidores públicos, sino que comporta una restricción tolerable y de menor impacto frente al valor y significado del fin perseguido.



Estas inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones resultan perfectamente compatibles con la Constitución política, pues como tuvo oportunidad de señalarlo la Corte en la sentencia C-893 de 2003, que le sirvió de guía y fundamento en esta oportunidad al legislador, responde a un fin constitucionalmente legítimo como es el de abolir la práctica de indebidas influencias en la administración pública, favoritismos o ventajas inaceptables, que no se eliminarían de aceptarse que los ex servidores públicos, dentro de ese plazo razonable, puedan, sin límite alguno, asistir, asesorar o representar al propio organismo, entidad o corporación a la cual prestaron sus servicios, o gestionar ante ellas asuntos relacionados con el cargo que desempeñó o aún peor en relación con los asuntos concretos que el funcionario conoció en ejercicio de sus funciones, o hacerlo a favor de empresas, sociedades o entidades que precisamente estuvieron sujetas - de manera concreta y específica - a su control, vigilancia, inspección o regulación cuando desempeñó las funciones públicas.

Desde el punto de vista del contenido literal de la norma podría admitirse que el presupuesto en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, se aplicaría únicamente a la primera prohibición. Esta interpretación indicaría que la segunda prohibición al no estar sujeta al mismo supuesto que la primera, consagraría para los ex servidores públicos que cumplieron funciones de inspección, vigilancia, control o regulación, una restricción desproporcionada frente a sus derechos fundamentales al trabajo y a la libertad de escoger profesión, arte u oficio, pues no podrían, durante el plazo previsto de los dos años a partir de la dejación de su cargo, asesorar, representar o asistir a cualquier persona natural o jurídica que pertenezca a los sectores que comprendían sus funciones y en cualquier tipo de asunto. Por esta razón y en aplicación del principio de conservación del derecho, se hace necesario expulsar del ordenamiento esa posible interpretación inconstitucional y, en su lugar, declarar la exequibilidad de la norma, bajo el entendido que el requisito "en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo", se aplica a las dos prohibiciones allí consagradas. Y ello precisamente en razón de la amplitud e interminación de los sectores que comprenden estas funciones específicas y que implicaría, como se anotó, una restricción constitucionalmente desproporcionada frente a los derechos fundamentales en juego.

De tal manera que las prohibiciones previstas en la norma acusada se aplican única y exclusivamente respecto de asuntos que tengan relación con las funciones propias del cargo que desempeñaron y con respecto a la entidad, organismo o corporación a la que prestaron sus servicios. Lo cual significa que los ex servidores públicos en uno y otro caso sí podrían, asistir, representar o asesorar con respecto de las entidades para las cuales prestaron sus servicios o a quienes estuvieron sujetos (personas naturales o jurídicas) a su inspección, vigilancia, control o regulación, en asuntos distintos a aquellos que se relacionen con las específicas y concretas competencias que desempeñaron durante el tiempo de su vinculación a la entidad respectiva y con respecto a la misma. (...)

Por las razones expuestas esta Oficina Jurídica considera que en el supuesto de hecho concreto de su solicitud concurren los elementos consagrados en la prohibición descrita en el artículo 3° de la Ley 1474 de 2011, así mediante autorización del representante legal de la Entidad.

Con fundamento en lo anterior, se deja consignado el criterio respecto de la inquietud planteada, sin que pueda entenderse como la determinación de una decisión, ya que los conceptos que emite esta Oficina Jurídica, se formulan dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015.

Confiando en que se despejen las inquietudes planteadas, me suscribo de usted.

Atentamente,



CARLOS OSCAR VERGARA RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica

Proyecto: Ilba Edith Rodríguez Ramirez
Profesional Grado 02