

80112

2013EE0063641



Bogotá, D.C.

Doctor  
OSCAR MAURICIO REINA GARCÍA  
Diagonal 48 N° 27-42, piso 2°  
Barrio El Recreo  
Barrancabermeja, Santander

ASUNTO: PROHIBICIÓN PARA QUE EX SERVIDORES PÚBLICOS GESTIONEN INTERESES PRIVADOS. Artículo 3° Ley 1474 de 2011.

Respetado doctor Reina:

#### 1.- ANTECEDENTES

Recibimos el 07 de junio de 2013 el oficio fechado el 30 de mayo del año en curso, radicado en la Contraloría General de la República con el N° ER0055328, donde nos consulta lo siguiente:

*¿El artículo 3° de la Ley 1474 de 2011 modificadorio del artículo 35 numeral 22 de la Ley 734 de 2002 genera doble prohibición para el ex servidor público, estos es, le impide que pueda contratar con un particular para efectos de adelantar gestiones ante la entidad pública en la cual laboró, y a su vez le impide que pueda contratar con el ente estatal al cual estuvo vinculado?*

A su vez, expone algunos puntos de vista y además, transcribe apartes de los Conceptos Jurídicos IE32746 de 30 de mayo de 2012 y EE005793 de enero 30 de 2013, expedidos por esta Oficina Asesora; e igualmente enuncia el Pronunciamiento 544463 de noviembre 04 de 2012, suscrito por la Subdirectora Distrital de Doctrina y Asuntos Normativos, como también, cita la Sentencia C-893 de 2003.

#### 2.- FUENTE FORMAL

Ley 734 de 2002.

Ley 1474 de 2011.

CGR -Concepto Jurídico N°. IE32746 de mayo 30 de 2012.

CGR -Concepto Jurídico N°. EE005793 de enero 30 de 2013.

Alcaldía Mayor de Bogotá, Concepto Jurídico N°. 544463 de noviembre 04 de 2012.

Corte Constitucional, Sentencia C- 893 de 2003.

### 3.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia. La consagración de las inhabilidades e incompatibilidades obedecen unas, primordialmente a razones éticas, y otras se vinculan con la eficiencia, la eficacia y la imparcialidad administrativa, pues, se busca asegurar una adecuada selección del contratista, que redunde en beneficio de los fines de interés público o social ínsitos en la contratación.<sup>1</sup>

Las inhabilidades son impedimentos para ejercer una función determinada o para que una persona sea elegida o designada para desempeñar un cargo público, en razón de intereses personales o por la ausencia de calidades para el ejercicio del cargo; la inhabilidad puede generar la nulidad de la elección o nombramiento. Por su parte, las incompatibilidades son prohibiciones para realizar actividades o gestiones de manera simultánea con el ejercicio de un cargo; la violación del régimen de incompatibilidades puede dar lugar a sanción disciplinaria, o a la pérdida de investidura para los congresistas.<sup>2</sup>

Las inhabilidades, como los impedimentos, las incompatibilidades y en general las prohibiciones legales, son siempre taxativas, determinadas expresamente en la norma jurídica, toda vez que implican limitaciones para el ejercicio de los derechos.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Sentencia C-489 de 1996

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y ocho (1998). Radicación número: 1097

<sup>3</sup> Sentencia de 13 de marzo de 1986, Sala Contencioso Electoral.

3.1.- Sobre este tema, estimamos viable comenzar con la expedición de la Ley 734 de 2002 *"Por la cual se expide el Código Disciplinario Único"*, principalmente el artículo 35, numeral 22 que dice:

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

(...)

22. Modificado por el art 3º, 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 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. (Subrayado nuestro).

3.2.- Posteriormente, se expidió 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"*, norma que según la Exposición de Motivos prioriza en los siguientes puntos:

#### MEDIDAS ADMINISTRATIVAS PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

La Administración Pública es el ámbito natural para la adopción de medidas para la lucha contra la corrupción; por ello, en el primer capítulo se consagra una serie de mecanismos administrativos para reducir determinados fenómenos que afectan gravemente al Estado:

A. En primer lugar, se busca terminar con la llamada puerta giratoria, a través de la cual se logra la captura del Estado por personas que habiendo laborado en la Administración Pública utilizan sus influencias para actuar ante la misma.

En este sentido, el artículo 3° señala rigurosas prohibiciones para que los servidores públicos gestionen intereses o contraten con entidades donde se desempeñaron. Por su parte, el artículo 4° consagra una inhabilidad para contratar con el Estado aplicable a quien haya ejercido cargos de dirección en entidades del Estado, y a las sociedades en las que dicha persona esté vinculada a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

B. En segundo lugar, se ha identificado la necesidad de precisar medidas para impedir las conexiones ilegales entre los particulares y la Administración Pública a través de la financiación ilegal de las campañas políticas. Para este efecto, se prohíbe que quienes financien campañas electorales se beneficien de contratos públicos.

C. En tercer lugar, se ha logrado determinar que es necesario fortalecer la acción de repetición, para lo cual se permite que el Gobierno Nacional a través del Ministerio del Interior y de Justicia pueda iniciar la acción de repetición frente a cualquier entidad ya sea nacional, departamental o municipal.

D. En cuarto lugar, se quiere evitar la complicidad entre los sujetos que tienen que realizar tareas de inspección y vigilancia y sus supervisados, tales como los encargados de control interno y los encargados de control interno y los revisores fiscales.

En este sentido, se toman medidas para evitar que los revisores fiscales sean cómplices de delitos de corrupción, levantando el secreto profesional en esta materia y estableciendo como causal de pérdida de su tarjeta profesional el no denunciar actos de corrupción.

Frente a los encargados del control interno en las entidades públicas, se modifica la forma de elección de los mismos, quienes deberán ser nombrados por el Presidente de la República y tendrán que reportar a la Presidencia directamente las posibles irregularidades que encuentren.

E. En quinto lugar, se organiza una regulación para la vigilancia especial de los recursos de las personas políticamente expuestas. En este sentido, la Recomendación 6 de la GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional), impone el deber de monitorear permanente y exhaustivamente las relaciones comerciales llevadas a cabo con personas que se encuentren en la situación prevista, obligación que en la actualidad es cumplida sólo por

algunas instituciones bancarias, siendo necesario regularlo para todas las instituciones del sector financiero, pues es fundamental para la lucha contra la corrupción.

Al respecto, se definió las personas que se consideran políticamente expuestas, tomando como base la definición de servidor público contemplada en la Constitución Política, tal como se hace en otras legislaciones. En cuanto a la vigilancia de estas personas mencionadas, se especifica el deber de las entidades financieras de implementar medidas destinadas a identificar si el cliente se encuentra en esta condición, así como tomar medidas razonables para puntualizar el origen de la riqueza y de los fondos, y obtener autorización de los directivos de mayor jerarquía para delimitar relaciones con esta clase de clientes.

Equivalentemente, consagra la imposición de sanciones administrativas, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar, para quienes incumplan con lo dispuesto en ese capítulo.

F. Así mismo, se concreta todo un régimen para evitar y sancionar los eventos de corrupción y fraude en la salud pública. En este sentido, se crea un sistema para el control y reporte del fraude y la corrupción en el Sistema de Seguridad Social en Salud similar al que ya existe para el lavado de activos.

Adicionalmente, se le da vida a un Fondo Anticorrupción del Sector Salud que permitirá fortalecer la capacidad investigativa y sancionatoria de la Superintendencia Nacional de Salud y dotará de recursos a la entidad para realizar convenios con la Procuraduría, la Fiscalía y la Contraloría para investigar hechos indebidos en el sector.

3.3.- Por su parte el artículo 3º de la Ley 1474 de 2011 prescribe:

*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 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 decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe sujetos claramente determinados.

Vemos entonces que de una parte, la prohibición se predica de los ex servidores públicos e incluye tres posibles conductas: Prestar directamente el servicio, prestar el servicio por interpuesta persona, o permitir que esto ocurra; se refiere a servicios de asistencia, representación o asesoría; atiende a un factor orgánico, pues estos servicios no se pueden prestar, en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, a la entidad o corporación en la cual se prestó servicios; y atiende también a un factor de control, pues estos servicios tampoco se pueden prestar a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad a la que el ex servidor estuvo vinculado.

Como se puede apreciar de la lectura de la disposición antes transcrita, 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 en desarrollo de la gestión de intereses privados, tal y como lo indica el título del artículo consultado.

Destacamos que la norma mencionada describe dos situaciones diferentes:

a. La primera relativa a la prohibición de asesorar, representar o asistir intereses privados en **asuntos relacionados con las funciones propias de su cargo**, la cual aplica únicamente respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios o las que hayan sido sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, por el término de 2 años.

b. La segunda, concerniente a la prohibición de asesorar, representar o asistir intereses privados en **asuntos concretos que el exservidor conoció en ejercicio de sus funciones**, vale decir, aquellos que hayan sido objeto de decisión durante el ejercicio de su cargo y de los cuales exista sujetos claramente determinados, el cual aplica igualmente frente al organismo, entidad o corporación en la cual

prestó sus servicios o las que hayan sido sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, por término indefinido respecto de tales asuntos.<sup>4</sup>

Con base en lo anterior, vemos que la prohibición de asesorar intereses privados en asuntos relacionados con las funciones del cargo se refieren a la gestión que se adelante frente al mismo organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios o las que hayan sido sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad.

Lo anterior quiere decir que esta prohibición aplica a funciones de quienes se encargan de desarrollar dentro del ejercicio de su cargo actividades generales y abstractas que NO afectan a personas claramente determinadas **por el término de 2 años únicamente**, vencido el cual, cesarán los efectos de la prohibición frente al organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios o las que hayan sido sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad.<sup>5</sup>

Si las funciones hubieren versado sobre asuntos concretos donde hubiere personas claramente determinadas, la prohibición será indefinida.

En los anteriores términos ampliamos los argumentos expuestos en nuestros Conceptos Jurídicos números IE32746 de 30 de mayo de 2012, y el N° EE005793 de enero 30 de 2013.

3.4.- Finalmente, Los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución<sup>6</sup>, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los

---

<sup>4</sup> Departamento Nacional de Planeación. Asunto: Consulta relacionada con las inhabilidades establecidas en la Ley 1474 de 2011 frente al ejercicio de actividades generales y abstractas.

<sup>5</sup> Departamento Nacional de Planeación. Asunto: Consulta relacionada con las inhabilidades establecidas en la Ley 1474 de 2011 frente al ejercicio de actividades generales y abstractas.

<sup>6</sup> Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.

empleados de las mismas y las entidades vigiladas “sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General”<sup>7</sup>, así como las formuladas por las contralorías territoriales “respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General”<sup>8</sup> y las presentadas por la ciudadanía respecto de “la consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República”<sup>9</sup>.

En este orden, mediante su expedición se busca “orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal”<sup>10</sup> y “asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten”<sup>11</sup>.

Así mismo, aclaramos que no todos nuestros conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16<sup>12</sup> del D.L.267/00, ésta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas con la(s) dependencia(s) implicada(s).

Cordial saludo,

ALBA DE LA CRUZ BERRIO BAQUERO  
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: Gloria Andeotti Caro.  
Revisión de forma: María Stella Romero Nieto.  
NR: 2013ER0055328

---

<sup>7</sup> Art. 43, numeral 4 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>8</sup> Art. 43, numeral 5 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>9</sup> Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>10</sup> Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>11</sup> Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>12</sup> Art. 43. OFICINA JURÍDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.