



**PROCURADURÍA CUARTA DELEGADA  
ANTE EL CONSEJO DE ESTADO**

Bogotá, D.C., 17 de febrero de 2011.  
Oficio No. 032

**HH.RR.**

**GERMÁN VARÓN COTRINO**

**JAIME BUENAHORA FEBRES-CORDERO**

Coordinadores de Ponentes

Comisión I Cámara de Representantes

Presente

**REF:** Proyecto de Ley 142 de 2010 Senado – 174 de 2010 Cámara

De conformidad con los planteamientos que se hicieron durante el debate realizado en el día de ayer, el Ministerio Público solicita, de manera respetuosa, que en las discusiones de la Comisión sobre el proyecto de ley de la referencia sean considerados los planteamientos que a continuación se presentan, sin perjuicio de otras consideraciones que puedan hacerse con posterioridad, puesto que se ha encomendado a un grupo especial de funcionarios un estudio más detallado del proyecto de Ley.

Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado  
[Consejodeestado4@procuraduria.gov.co](mailto:Consejodeestado4@procuraduria.gov.co)  
Carrera 5 No. 5 No. 15-80 piso 20 pbx 5878750 Ext. 12056 - [www.procuraduria.gov.co](http://www.procuraduria.gov.co)



**(i) REVOCATORIA DIRECTA DE DECISIONES DE ARCHIVO.**

Dicen los artículos 122 y 123 de la ley 734 que son revocables los fallos sancionatorios, de oficio o a petición del sancionado.

En la sentencia C-014 de 2004, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de dichas normas:

*(...) en el entendido que cuando se trata de faltas disciplinarias que constituyen violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario procede la revocatoria del fallo absolutorio y del archivo de la actuación.*

De conformidad con lo anterior, el actual artículo 50 del proyecto en realidad no introduce ninguna novedad.

Lo que ha planteado la PGN es que la posibilidad de la revocatoria directa se extienda a las decisiones de archivo, como un mecanismo para hacer nugatorios los efectos de eventuales actos de corrupción en la actuación disciplinaria.

En efecto, los análisis de riesgo indican que una modalidad de corrupción que propiciaría la impunidad disciplinaria es que se pronuncien decisiones de archivo, que impedirían una posterior investigación de evidentes faltas disciplinarias. De allí que sea un importante instrumento para remover ese peligro el que pueda revocarse la decisión de archivo para hacer justicia disciplinaria.

Además debe tenerse en cuenta que la revocatoria de las decisiones disciplinarias



no es un acto meramente potestativo, puesto que la viabilidad de esa decisión sólo puede fundamentarse en causales que indican lo contraevidente de esa decisión, como lo es (i) la infracción manifiesta de normas constitucionales, legales o reglamentarias en que debía fundamentarse la decisión y (ii) la vulneración o amenaza manifiesta de derechos fundamentales.

En lo que toca con los fallos absolutorios, de conformidad con la redacción del artículo 51 - párrafo del proyecto (que modifica el artículo 123 de la Ley 734), la revocatoria sólo procede cuando se trata de faltas disciplinarias **que constituyen violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario**, tal como lo dijo la sentencia C- 014 de 2004.

En consecuencia, la PGN solicita que se modifique el artículo 50 del proyecto, para regresar al texto que fue aprobado en primer debate en Senado, puesto que solamente se estaría haciendo expresa referencia a que procede la revocatoria del archivo, como un instrumento necesario para atacar eventuales actos de corrupción de los funcionarios encargados de aplicar la ley disciplinaria

1er DEBATE COMISION SENADO	PONENCIA 3er DEBATE	PROPUESTA PGN
<p><b>ARTÍCULO 54. PROCEDENCIA DE LA REVOCATORIA DIRECTA.</b> El artículo 122 de la Ley 734 quedará así:</p> <p>Los fallos sancionatorios <b>y autos de archivo</b> podrán ser revocados de oficio o a petición del sancionado, por el Procurador</p>	<p><b>ARTÍCULO 50. PROCEDENCIA DE LA REVOCATORIA DIRECTA.</b></p>	<p><b>ARTÍCULO 50. PROCEDENCIA DE LA REVOCATORIA DIRECTA.</b> El artículo 122 de la Ley 734 quedará así:</p> <p><b><u>Los fallos sancionatorios y autos de archivo podrán ser revocados de oficio o a petición del sancionado, por el</u></b></p>



<p>General de la Nación o por quién los profirió. <b><u>Los autos de archivo lo serán por petición del quejoso.</u></b></p> <p><b><u>Parágrafo. Cuando se trate de faltas disciplinarias que constituyen violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, procede la revocatoria del fallo absolutorio y del archivo de la actuación por parte del Procurador General de la Nación, de oficio o a petición del quejoso que tenga la calidad de víctima o perjudicado.</u></b></p>	<p>Cuando se trate de faltas disciplinarias que constituyan violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, procede la revocatoria del fallo absolutorio y del archivo de la actuación, por parte del Procurador General de la Nación, de oficio o a petición del quejoso que tenga la calidad de víctima o perjudicado.</p>	<p><b><u>Procurador General de la Nación o por quién los profirió. El quejoso podrá solicitar la revocatoria del auto de archivo.</u></b></p> <p><b><u>Parágrafo. Cuando se trate de faltas disciplinarias que constituyen violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, procede la revocatoria del fallo absolutorio y del archivo de la actuación por parte del Procurador General de la Nación, de oficio o a petición del quejoso que tenga la calidad de víctima o perjudicado.</u></b></p>
--	--	--

## (ii) PARTICULARES DISCIPLINABLES.

Como se ha planteado durante los debates del proyecto de ley, una de las grandes dificultades que ha encontrado la Procuraduría General de la Nación en el ejercicio de su labor misional disciplinaria, guarda relación con las imprecisiones derivadas de la regulación respecto de los particulares destinatarios del régimen disciplinario

La modificación normativa que se propone desarrolla el criterio material en el que está edificado el actual dispositivo (artículo 53, Ley 734 de 2002), con el propósito de eliminar las controversias que hoy se presentan respecto de quienes tienen la



calidad de sujetos disciplinables. La adopción del criterio material responde a la premisa según la cual cada vez que el Estado se despoja de una función propia y se la asigna a un particular, en el contexto de la figura de la *administración por colaboración*, dicho particular resulta tan disciplinable como el agente estatal que ha sido despojado de una atribución cuyo objetivo no es otro que el cumplimiento de los fines de la organización estatal.

En ese orden de ideas, estima el Procurador General que deberían hacerse unos ajustes al artículo 47 del proyecto con el propósito de: (i) agrupar en una denominación genérica los entes de la administración que desplazan sus funciones a los particulares, (ii) precisar que se entiende por administración de recursos públicos y (iii) recuperar el inciso final del artículo 53 hoy vigente, que resuelve la situación disciplinaria respecto de personas jurídicas.

Ponencia 3er debate	Propuesta PGN
<p><b>ARTICULO 47. SUJETOS DISCIPLINABLES.</b> El artículo 53 de la Ley 734 de 2002, quedará así:</p> <p>El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con éstas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.</p> <p>Se entiende que ejerce función pública aquel particular que <b>realice, por ley,</b></p>	<p><b>ARTÍCULO 47. SUJETOS DISCIPLINABLES.</b> El artículo 53 de la Ley 734 de 2002, quedará así:</p> <p>El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.</p> <p>Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, <b><u>por disposición</u></b></p>



**delegación, convenio o contrato,** funciones administrativas o actividades propias de los órganos **de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines y objetivos,** lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

**legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice** funciones administrativas o actividades propias de los órganos **del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado;** lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

**Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.**

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

**Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.**



### (iii) Elusión de los procedimientos de selección de contratistas.

Algunas entidades del orden territorial están constituyendo sociedades de economía mixta en las cuales su participación es del 51% y la de particulares el 49%, con el propósito de contratar directamente con entidades públicas (contratos y convenios interadministrativos) eludiendo los procedimientos ordinarios de selección objetiva. En consecuencia es pertinente darle a este tipo de sociedades similar tratamiento al que se da para la contratación con universidades en el artículo 108 del proyecto.

Ponencia 3er debate	Propuesta PGN
<p><b>ARTICULO 108. CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS.</b> Modificase el inciso primero del literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007", el cual queda así:</p> <p>c. Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, consultoría, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras; estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública, contratación abreviada o de concurso de méritos, de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1, 2 y 3 del presente artículo. También se exceptúan de la figura del contrato interadministrativo los contratos de seguro de las entidades estatales.</p>	<p><b>ARTICULO 108. CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS.</b> Modificase el inciso primero del literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007", el cual queda así:</p> <p>c. Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, <u>suministro</u>, consultoría, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas <u>o las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado</u> sean las ejecutoras; estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública, contratación abreviada o de concurso de méritos, de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1, 2 y 3 del presente artículo. También se exceptúan de la figura del contrato interadministrativo los contratos de seguro de las entidades estatales.</p>



#### (iv) Inhabilidad para los exservidores públicos.

##### iv.1 Artículo 4 del proyecto

Norma vigente	Ponencia 3er debate
<p>Ley 734, artículo 35. A todo servidor público le está prohibido (...)</p> <p>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 <b>un</b> año después de la dejación del cargo o permitir que ello ocurra</p>	<p><b>Artículo 4. Prohibición para que servidores públicos gestionen intereses privados.</b> El numeral 22 del artículo 35 de la ley 734 de 2002 quedará así:</p> <p>Prestar, a título personal <u><b>o por interpuesta persona</b></u> servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones <b><u>decisorias</u></b> propias del cargo, hasta por el término de <b><u>tres (3)</u></b> años después de la dejación del cargo o permitir que ello ocurra. <b><u>De igual forma, prestar servicios para terceros interesados o para instituciones gremiales que realicen gestiones públicas ante la entidad donde laboró, hasta por el término de tres (3) años después de dejar el cargo.</u></b></p>

El numeral 22 del artículo 35 de la ley 734 de 2002 fue declarado condicionalmente exequible mediante sentencia C - 893 de 2003 en la cual se señaló:



- Que la Prohibición tiene 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”.
- Que esa prohibición “tiene un sólido fundamento constitucional con respecto a aquellos asuntos concretos de los cuales el servidor público conoció en ejercicio de su cargo, pues pugna con las normas constitucionales que quien conoció de un asunto concreto en ejercicio de sus funciones, pudiera sin embargo luego de desvinculado actuar prestando sus servicios de asistencia, representación o asesoría sobre el mismo asunto y ante el organismo, corporación o entidad en la cual laboraba con anterioridad. Es legítimo pues, que el legislador establezca esta prohibición.
- Que “encuentra la Corte ajustado a la Constitución que en guarda de la moralidad administrativa, de la igualdad ante la ley, de la imparcialidad y de la transparencia de la función pública, se extienda **por un año** la prohibición a quien fue servidor público de un organismo, entidad o corporación, de prestar servicios de asesoría, representación o asistencia ante su inmediato y anterior empleador”.

Por consiguiente declaró que para que tal prohibición se entendiera ajustada a la Constitución debería entenderse con ciertos límites, así:

*(...) 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 organismos al que se haya estado vinculado.*

Es evidente que la reforma propuesta no se ajusta al condicionamiento de constitucionalidad, puesto que la inhabilidad se mantiene en forma general, sin limitarla “con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios”.

En el contexto jurisprudencial anotado, la reforma que se pretende introducir al numeral 22 del artículo 35 de la ley 734 de 2002, al extender la prohibición anotada de 1 a 3 años impone una **carga excesiva y desproporcionada** en cabeza del ex - servidor público vulnerándose los límites que el propio legislador tiene al momento de establecer inhabilidades.

A esta conclusión se llega observando que la ampliación del término de la inhabilidad no está soportada en estudios que justifiquen la razonabilidad y proporcionalidad del cambio propuesto, desestimando paralelamente el término vigente de 1 año declarado constitucional por la Corte. Es decir se está pasando de 1 a 3 años sin ninguna razón aparente y sin hacer una valoración de los efectos que este cambio tendría sobre los ex servidores públicos a quienes la medida cobija, quienes verían coartados sus derechos fundamentales al trabajo (C.P. Art. 25), a la libertad de escoger profesión u oficio (C.P. Art. 26) y a participar en la



conformación del poder público (C.P. Art. 40), ya no sólo por un año, sino por 3, con lo que se repite, se impone sobre él una carga excesiva y desproporcionada.

#### iv.2. Artículo 5 del proyecto

**Artículo 5. Inhabilidad para que ex servidores públicos contraten con el estado.** Adicionase un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos sean socios, representantes legales, miembros de la junta directiva o empleados de dirección confianza y manejo, durante los tres (3) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público.

Esta inhabilidad también operará para los cónyuges o compañeros (as) permanentes y las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex servidor público.

Este artículo, al igual que en el caso ya analizado, implica una violación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ya que no toma en cuenta que el mismo numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 inhabilita para contratar con el Estado a “Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta prohibición sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro”, sin razón de fondo aparente la reforma propuesta amplía el término de 1 a 3 años y lo extiende a “los cónyuges o compañeros (as) permanentes y las personas que se



encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex servidor público”, sin justificar las razones para dejar vigentes las 2 inhabilidades [literal (a) y en nuevo literal (f) que se propone].

De los HH representantes,

**FRANCISCO MANUEL SALAZAR GÓMEZ**  
**Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado**

CC H.R. Berner Zambrano Erazo, Presidente Comisión I Cámara de Representantes

Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado  
[Consejodeestado4@procuraduria.gov.co](mailto:Consejodeestado4@procuraduria.gov.co)  
Carrera 5 No. 5 No. 15-80 piso 20 pbx 5878750 Ext. 12056 - [www.procuraduria.gov.co](http://www.procuraduria.gov.co)