

Bogotá D.C., 18 de marzo de 2002

Doctora  
Dora Lilia Rodríguez Gutiérrez  
Carrera 11 N° 5-43  
Neiva (Huila)

# 110-011-002  
Recibo Copia C.C. # de 643  
Fecha 21-03-02 10:15

110 011-002



Referencia: NUR 218-3-8735/465/03  
Inhabilidades del revisor fiscal.

Apreciada doctora,

Mediante el escrito en referencia, presentado en la Gerencia Seccional VI de la Auditoría General de la República, de donde fue remitida a la Secretaría General el 27 de febrero del año en curso, solicita usted se le manifieste si existe o no inhabilidad para que la señora MARÍA CECILIA OCAMPO CHÁVEZ, identificada con C.C. N° 36'161.585 desempeñe, a la vez, un cargo público en la Contraloría Municipal de Neiva y el cargo de revisora fiscal de la Fundación Cumpliendo Sueños, organización no gubernamental sin ánimo de lucro, registrada en la Cámara de Comercio de Neiva.

Esta oficina en cumplimiento de la función de conceptualización que le ha sido asignada, y en desarrollo de lo previsto en el artículo 25 del C.C.A., procede a dar respuesta a su inquietud de manera genérica y abstracta, efectuando, para tal fin, las siguientes precisiones:

## I ASPECTOS CONSTITUCIONALES

Bajo la concepción holística que gobernó la adopción de la Constitución de 1991, dentro del Título V relativo a la organización del Estado se incluyó un capítulo destinado a señalar las directrices que gobiernan la Función Pública. Éste, como suprema expresión del poder público debe estar revestido de legitimidad y autonomía y, con razón, quienes forman parte de él pues son los encargados de dinamizarlo. El artículo 123 de ese ordenamiento determina quienes son servidores públicos. Por su parte, el artículo 6° *ib.* establece que los servidores públicos son responsables por infracción de la Constitución y las leyes, así como por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. En los artículos 126

concepto 110.011.2002

a 129 se describen una serie de circunstancias en las cuales existen prohibiciones específicas para los servidores públicos. Se encuentra lo siguiente:

1. En materia de nombramiento, el servidor público no puede designar como empleados a su cargo a personas con las cuales tenga parentesco.
2. De otro lado, en materia de contratación, el funcionario público no puede celebrar, por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas, a salvo excepciones legales.
3. A nivel de la participación en política, el servidor público que ejerza jurisdicción, autoridad o cargos de dirección administrativa, entre otros, le está prohibido tomar parte en actividades de partidos o movimientos políticos.
4. Tampoco puede desempeñar más de un cargo público ni recibir más de una asignación del tesoro, a salvo las excepciones legales (Ley 4ª de 1992).
5. Finalmente, no le está permitido recibir aceptar cargos, recibir remuneración o dádiva de Gobiernos extranjeros u organizaciones internacionales salvo con autorización del Gobierno.

El texto constitucional alude además a ciertos funcionarios a quienes, en virtud de las dignidades que ostentan se les hace una exigencia adicional fortaleciendo así el esquema general aquí señalado. Al respecto, existe un tratamiento especial para los congresistas, para quienes el régimen de inhabilidades resulta bastante riguroso. Éstos no pueden ejercer otro empleo o cargo público o privado (art. 180 numeral 1º de la Constitución Política), sin pasar por alto el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para los mismos en el artículo 170 *ib.*

Ahora bien, en la regulación específica de la Rama Ejecutiva, el artículo 209 señala cuáles son los principios de la actuación administrativa, entre los que merecen destacarse, para el caso *sub examine*, los de moralidad e imparcialidad.

Se encuentra, por lo tanto, una regulación profusa por medio de la cual se garantizan tales principios en la actividad del Estado y la permanente primacía del interés general. Dentro de las teorías en donde el Estado surge como un contrato entre los ciudadanos que lo integran, nada más valedero que soportar una alta rigurosidad en regímenes como los analizados.

## II ALGUNAS NORMAS LEGALES DE RELEVANCIA

El régimen de inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones, deberes e impedimentos se encuentra desarrollado en varias disposiciones de carácter legal. La Constitución establece ciertos parámetros pero no agota las posibilidades para que sea el legislador el que, en cada caso, se encargue de extender las restricciones bajo el postulado de una sana administración pública.

Para comenzar, en materia de inhabilidades, el artículo 42 de la Ley 200 de 1995 establece que se entienden incorporadas a ese Código las incompatibilidades e inhabilidades previstas en la Constitución y la ley. El artículo 43 de la misma ley adiciona a ese precepto genérico unas inhabilidades expresas:

1. Haber sido condenado por delito sancionado con pena privativa de la libertad, excepto cuando se trate de delitos políticos o culposos salvo que estos últimos hayan afectado la administración pública;
2. Hallarse en interdicción judicial, inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de ésta;
3. Quienes padezcan, certificado por Médico Oficial, cualquier afectación física o mental que comprometa la capacidad necesaria para el debido desempeño del cargo.
4. Inhabilidades para ejercer funciones públicas en la forma y términos consagrados en la Ley 190 de 1995, esto es, cuando se trate de aquellas impuestas como consecuencia de delitos contra el patrimonio del Estado o por ocultar o aportar información falsa para sustentar lo reseñado en la hoja de vida (Sentencia C-310 de 1997).

Dicha ley, en sus artículos 40 y 41, establece los deberes y prohibiciones de los servidores públicos. Aquí resulta importante mencionar que a partir del 13 de mayo de 2002 entrará en vigencia la Ley 734 de 2002, la cual reemplaza la anotada Ley 200 de 1995, norma regula la materia en sus artículos 36 y siguientes.

Por otra parte, en materia de inhabilidades legales, la Ley 80 de 1993 establece las siguientes:

### ARTICULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

- 1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

- a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.
- b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.
- c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.
- d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.
- e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.
- f) Los servidores públicos.
- g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.
- h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.
- i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

- a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad 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.

- b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.
- c) El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.
- d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.
- e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

PARÁGRAFO 1o. La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.

PARÁGRAFO 2o. Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará que debe entenderse por sociedades anónimas abiertas.

ARTICULO 9o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación o concurso, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa

autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

**ARTICULO 10. DE LAS EXCEPCIONES A LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.** No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política.

Esta clase de inhabilidades no afectan el acceso al cargo sino la actividad contractual que hace parte de las actuaciones estatales, sin perjuicio de la ya comentada inhabilidad constitucional.

En relación con el desempeño de empleos públicos y la imposibilidad de recibir doble remuneración, la Ley 4 de 1992, dispone, a su turno, lo siguiente:

Artículo 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.

Parágrafo. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.

La Ley 489 de 1998, por su parte, señala los principios a los cuales debe ajustarse la actuación administrativa cuando en su artículo 3° indica:

**Principios de la función administrativa.** La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

**Parágrafo.** Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.

A nivel financiero, en consideración a la importancia del sector y a la naturaleza de los recursos administrados, el Estatuto que regula dicha actividad ha previsto un régimen muy estricto que impida una colisión de intereses dentro de quienes participan en él. En materia contractual, por ejemplo, es de interés destacar la siguiente disposición:

**Artículo 77. Régimen de Inhabilidades e incompatibilidades de las sociedades de capitalización, aseguradoras e intermediarios.** 1. Régimen aplicable a las entidades aseguradoras. [...] Sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas, las entidades oficiales no podrán celebrar contratos de seguro con entidades aseguradoras, o con la participación de intermediarios de seguros, cuyos administradores tengan relación de matrimonio, afinidad en primer grado, parentesco de consanguinidad en cuarto grado o parentesco civil en único grado con los miembros de la junta o consejo directivo de la entidad contratante, sus administradores o los empleados de ésta que participen en la adjudicación del contrato de seguro. [...]

Además de las inhabilidades antes relacionadas, a los revisores fiscales, en razón a que deben ser contadores públicos, les aplica el régimen establecido en la Ley 13 de 1990, especialmente en los siguientes artículos:

**ARTICULO 48.** El Contador Público no podrá prestar servicios profesionales como asesor, empleado o contratista a personas naturales o jurídicas a quienes haya auditado o controlado en su carácter de funcionario público o revisor fiscal. Esta prohibición se extiende por el término de un año contado a partir de la fecha de su retiro del cargo.

**ARTICULO 49.** El Contador Público que ejerza cualquiera de las funciones descritas en el artículo anterior, rehusará recomendar a las personas con las cuales

hubiere intervenido, y no influirá para procurar que el caso sea resuelto favorable o desfavorablemente. Igualmente no podrá aceptar dádivas, gratificaciones o comisiones que puedan comprometer la equidad o independencia de sus actuaciones.

**ARTICULO 50.** Cuando un Contador Público sea requerido para actuar como auditor externo, revisor fiscal, interventor de cuentas, o arbitro en controversia de orden contable, se abstendrá de aceptar tal designación si tiene, con alguna de las partes, parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, primero civil, segundo de afinidad o si median vínculos económicos, amistad íntima o enemistad grave, intereses comunes o cualquier otra circunstancia que pueda restarle independencia y objetividad a sus conceptos o actuaciones.

**ARTICULO 51.** Cuando un Contador Público haya actuado como empleado de una sociedad rehusará aceptar cargos o funciones de auditor externo o revisor fiscal de la misma empresa o de su subsidiaria y/o filiales por lo menos durante seis (6) meses después de haber cesado en sus funciones.

En este punto y en función del análisis realizado, se considera de interés precisar el alcance de algunos términos utilizados con el propósito de definir las diversas situaciones en las cuales se puede encontrar un servidor público.

Cuando se habla de **inhabilidades**<sup>1</sup>, la Constitución y la ley desarrollan la serie de eventos en los que el particular no puede desempeñar el cargo o permanecer en el mismo. Constituye, a todas luces, una imposibilidad para acceder al mismo o para seguirlo ejerciendo. La **incompatibilidad**<sup>2</sup>, por su parte, alude a la imposibilidad de desarrollar otras funciones públicas, coetáneamente a las que ya le han sido asignadas. En este caso, la persona de quien se predica la conducta ya tiene el carácter de servidor público y, en consecuencia, no puede cumplir, paralelamente, otros destinos. Se trata de circunstancias absolutas para el servidor público.

La norma disciplinaria (Ley 200 de 1995 y desde mayo de 2002 la Ley 734) se refiere también a los **deberes y prohibiciones** de los servidores públicos. Determinadas actividades que en la vida cotidiana tienen la impronta de la libertad de autodeterminación, pierden esas cualidades cuando se proyectan en el ámbito de la función pública. Las funciones, cuya omisión o extralimitación deparan responsabilidad, constituyen el marco normativo constitucional del cual derivan deberes y prohibiciones para quien ostenta la calidad especial de servidor

<sup>1</sup> Cfr., CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-483 de 9 de septiembre de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

<sup>2</sup> Cfr., CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-007 de 22 de enero de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

del Estado. Los deberes constituyen cargas y obligaciones derivadas de la sujeción especial del servidor público frente a la administración. En las prohibiciones, el servidor no debe realizar una serie genérica de conductas que contravienen diversos valores fundantes de una sana administración pública.

Por último, en cuanto atañe al **conflicto de intereses**, es preciso indicar que se desarrolla el principio de imparcialidad afecto a las actuaciones administrativas, tal y como se colige de lo establecido por el artículo 30 del Código Contencioso Administrativo, el numeral 10º del artículo 25 de la Ley 200 citada y el artículo 37 de la misma. En cada caso particular, el funcionario, o eventualmente su superior, determinará si está incurso en algún impedimento de aquellos previstos por la ley.

En todo caso, nuestro sistema jurídico se fundamenta en el principio de legalidad, al cual se hará referencia en detalle, pues solamente es el legislador quien puede determinar los deberes, prohibiciones, inhabilidades, impedimentos cuya omisión o realización daría lugar a falta disciplinaria. No obstante lo anterior, cabe resaltar que se han venido entronizando en nuestra sociedad, determinadas valoraciones de conductas que a pesar de no ostentar la categoría jurídica de inhabilidades, impedimentos, conflictos de interés, han dado lugar a los denominados "impedimentos morales", aludiendo con ello a comportamientos que debe tener el funcionario, ya no con base en la aplicación restrictiva de la norma, sino con criterios de moralidad, apetencias axiológicas de la opinión pública, intereses de orden político o sectorial. Debe enfatizarse, sin embargo, que la valoración sobre estos asuntos debe ser siempre de carácter jurídico, legal y además restrictivo, lo cual descarta los criterios de impedimentos genéricos u otras valoraciones más del resorte de la ciencia política. Igualmente, la Corte Constitucional, en relación con el concepto de moralidad, ha sido enfática en señalar:

La ley suele reflejar los principios morales compartidos por las mayorías representadas en el órgano legislativo. Por ello, se afirma que el derecho es moral positivizada. Pero, si los principios morales imperantes en un determinado momento histórico constituyeran un argumento suficiente para justificar cualquier restricción de la libertad, todas las normas jurídicas que reflejaran los valores mayoritarios resultarían constitucionales. De aceptarse esta premisa, la Constitución Política abdicaría de su función protectora de los derechos de las minorías, la tolerancia y el pluralismo y, de otra parte, el control material del derecho legislado, carecería de sentido.

Sin embargo, la afirmación anterior no implica que el legislador no se encuentre autorizado para plasmar en una disposición legal un determinado principio moral, ni que la *moral pública* - en el sentido que más adelante se precisa - carezca de capacidad para justificar, en algunos eventos, ciertas restricciones a la libertad. Por último, la anterior afirmación tampoco apoya la tesis en virtud de la cual el

argumento moral resulta absolutamente irrelevante para los efectos del control constitucional.<sup>3</sup>

### III LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

De otra parte, es un principio general de derecho que, en relación con las prohibiciones, incompatibilidades, inhabilidades, sanciones y toda otra serie de restricciones que establezca la ley, no es factible que el intérprete, por vía de analogía, derive nuevas. La Constitución ha hecho prevalecer el criterio según el cual toda restricción debe estar expresamente señalada por el legislador. Mayor fuerza cobra esta premisa general, porque como sustento del concepto de ciudadanía, está la posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 10, numeral 7º, Constitución Política).<sup>4</sup>

Por otra parte, si se pretende derivar una eventual inhabilidad, téngase en cuenta el siguiente criterio, también sustentado por la Alta Corporación de constitucionalidad:

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que las inhabilidades -y de eso se trata el presente caso, dada la impropiedad de la norma, que en realidad, en cuanto al tiempo de exceso sobre el ejercicio del cargo, no podía contemplar "incompatibilidades"- tiene razón de ser y aplicabilidad respecto de dignidades a las cuales se aspira, señaladas en concreto, pero carecen de sentido cuando se las pretende hacer imperativas en abstracto - frente a todas las posibles elecciones-, a partir de un hecho pasado -el haber ejercido determinado empleo-.

Cosa distinta es que el sistema jurídico pueda establecer respecto de los cargos de elección popular, como una de las inhabilidades, para cada uno de ellos enunciando específicamente, la de haber desempeñado otros que impliquen el ejercicio de autoridad política dentro de cierto tiempo previo el cortamen electoral (...)<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Cfr., CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-404 de 10 de agosto de 1998, M.M.P. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz.

<sup>4</sup> Cfr., CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-454 de 13 de octubre de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Entre otros aspectos se indica que el elemento de participación del ciudadano fue uno de los principios esenciales que reguló la expedición de la Constitución de 1991.

<sup>5</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-194 de 4 de mayo de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, págs. 29 y 30. Resaltado en el texto.

Obsérvese, adicionalmente, que en materia de participación en política la Corte ha sido celosa en salvaguardar los derechos políticos y ciudadanos sin permitir que la propia ley se exceda en su facultad reglamentadora. Al interpretar el artículo 127 de la Constitución Política, precisó:

1. La prohibición de tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas no es general para los servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas, sino que únicamente cobija a quienes encajen dentro de las hipótesis planteadas en la norma, cuyo alcance es, por lo tanto, restringido.<sup>6</sup>

Por ende y como ya quedó expresado, dentro del sistema jurídico constitucional colombiano rige el principio de la legalidad de la función administrativa, según el cual, a los servidores públicos solamente les está permitido hacer aquélla para lo que estén plenamente facultados, es decir, aquélla para lo cual tengan competencia. En consecuencia, los mismos no solamente son responsables por infringir la Constitución y las leyes, sino también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 6º de la Constitución Política de 1991.

En virtud de tal principio, si el régimen de prohibiciones para los servidores públicos es exceptivo, tal como se ha mostrado hasta ahora, no es viable al servidor público, encargado de interpretar y aplicar el mismo, so capa de quebrantar este principio, extender tal régimen de prohibiciones a situaciones no contempladas en la ley.

Sobre este tópico, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido igualmente estricta, tal como se reseña enseguida:

Téngase presente que en el estado de derecho no son admisibles las atribuciones implícitas ni las facultades de alcance indeterminado, lo cual equivale al rechazo del acto proferido por quien carece de autoridad previa y claramente definida por norma positiva para actuar en la materia correspondiente.<sup>7</sup>

[...]

Es a todas luces contrario al principio señalado, suponer que al no estar algo expresamente prohibido, bien sea para el legislativo, o para cualquier otra rama del

<sup>6</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-154 *Cit.*, pág. 14.

<sup>7</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-543 de 1 de octubre de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, pág. 29. Se reitera en sentencia C-117 de 1993.

poder público, sus integrantes puedan hacerlo, porque esta prerrogativa es exclusiva de los particulares. Los servidores públicos tan solo pueden realizar los actos previstos por la Constitución, las leyes o los reglamentos, y no pueden, bajo ningún pretexto, improvisar funciones ajenas a su competencia. Esto, como una garantía que la sociedad civil tiene contra el abuso de poder por parte de aquellos servidores. Es una conquista que esta corporación no puede soslayar, no sólo por el esfuerzo que la humanidad tuvo que hacer para consagrarla efectivamente en los textos constitucionales, sino por la evidente conveniencia que lleva consigo, por cuanto es una pieza clave para la seguridad del orden social justo y para la claridad en los actos que realicen los que detentan el poder público en sus diversas ramas.<sup>8</sup>

[...]

La competencia, en derecho público, equivale a la capacidad en derecho privado. Pero mientras en éste esa es la regla, en aquel constituye la excepción, pues los funcionarios sólo pueden hacer aquélla para lo que estén expresamente facultados por el ordenamiento. Es ella un presupuesto de la validez de los actos que el funcionario cumple, como la capacidad es un requisito de validez de los actos jurídicos de derecho privado.

La separación de las ramas del poder público y la órbita restrictiva de competencia, son instituciones anejas al estado de derecho, pues constituyen instrumentos imprescindibles para el logro de la finalidad inmediata que esa forma de organización política se propone, a saber: la sujeción al derecho de quienes ejercen el poder. Esto significa que cada una de las ramas tiene funciones asignadas de acuerdo con el fin que se le atribuye, y que cada funcionario tiene un ámbito delimitado dentro del cual debe circunscribir el ejercicio de sus funciones. La actividad cumplida por fuera de esos ámbitos es ilegítima, es decir, constituye un supuesto de anulabilidad, pues sólo de esa manera se consigue que cada rama y cada funcionario despliegue su acción dentro de precisos límites normativos.<sup>9</sup>

Según se ha indicado *supra*, la Constitución salvaguarda el principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública (art. 209). Esto tiene múltiples desarrollos particularmente en la administración de justicia y, para tal fin, se establecen mecanismos de tanta trascendencia como el impedimento del juez que debe conocer un asunto sobre el cual ha tenido un especial interés, por su conocimiento anterior o por un interés patrimonial (para el caso de la actuación administrativa el artículo 30 del C.C.A remite a las causales de recusación previstas en el Código de Procedimiento Civil). Es lo que se conoce como un

<sup>8</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-337 de 19 de agosto de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, pág. 62.

<sup>9</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-546 de 25 de noviembre de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Se reitera en sentencia C-569 de 1993.

conflicto de intereses y el propio funcionario o, en su defecto, el superior jerárquico, debe así declararlo. Lo inmediatamente anterior tiene especial relevancia en materia disciplinaria como quiera que se considera falta grave "[a]ctuar a sabiendas de estar incurso en causales incompatibilidad, inhabilidad, impedimento o conflicto de intereses, establecidos en la Constitución o en la Ley (art. 25 numeral 10, Ley 200). De otra parte el artículo 37 ib. establece:

ARTICULO 37. GARANTIA DE IMPARCIALIDAD. Para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función el servidor público o el particular que desempeñen funciones públicas, ejercerán sus derechos, cumplirán sus deberes, respetarán las prohibiciones y estarán sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses, establecido en la Constitución Política y las leyes de la República de Colombia.

En este orden de ideas, la garantía de imparcialidad que prevé la Constitución no se extiende a prohibir que la administración se rodee de los mejores elementos, los más conocedores del tema. La lógica exige que quienes sean los más capaces se hayan formado en el sector. A *contrario sensu*, quienes ejercen tal dignidad deben tener en cuenta que sus decisiones deben estar impregnadas de una claridad y diáfana amplia.

En efecto, entre las causales de anulación del acto que expida un determinado funcionario, está la desviación de poder. En esta causal se pregona

[...] cuando se emplea una facultad otorgada por la ley con un fin distinto del que la ley quería al otorgarla. Entonces es preciso buscar la intención que tuvo la ley al crear una competencia y el fin que ha querido el funcionario al dictar el acto

[...]

Los funcionarios deben actuar teniendo en cuenta el interés general. Cuando quiera que obren buscando un fin distinto de éste, están desviando el poder que se les confirió y sus actos son anulables. Puede haber desviación de poder cuando se emplea una facultad en interés personal del que toma la medida.<sup>10</sup>

#### IV EL CASO EN ESTUDIO

Las diversas circunstancias aludidas a lo largo de este escrito, nos llevan a plantear que existen inhabilidades e incompatibilidades a la par que deberes, prohibiciones y conflictos de intereses que implican exigencias destinadas al ethos del servidor público en su carácter de tal.

<sup>10</sup> Jaime Vidal Perdomo, DERECHO ADMINISTRATIVO, Ed. Temis, Bogotá 1985, págs. 289 y 290.

Para lo que nos convoca, de cómo se ejercite el cargo, un hecho futuro e incierto, dependería el grado de inconveniencia de esta situación. La discusión se presentará ante los tribunales administrativos. Éstos decidirán, en cada caso concreto, si el funcionario incurrió en desviación de poder o no, v gr., si antepuso su interés personal sobre el interés general, lo cual por lógicas razones, se escapa de un análisis jurídico específico y, por ende, no es susceptible de profundizar.

En el ámbito de la contratación estatal encontramos que una entidad estatal, no puede contratar con personas jurídicas cuando uno de sus funcionarios de grado directivo o asesor o ejecutivo, su cónyuge o compañero permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil, tenga en ella participación o desempeñe cargo de dirección o de manejo.

Para el caso en cuestión, y teniendo en cuenta que un revisor fiscal no desempeña funciones de dirección ni de manejo en la entidad, aún cuando la señora Ocampo Chávez desempeñe un cargo en el nivel directivo asesor o ejecutivo de la Contraloría Municipal de Neiva, no habría impedimento para que tal entidad contratara con la ONG mencionada. Como quiera que la Contraloría Municipal, es una entidad dotada de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, al tenor del artículo 66 de la Ley 42 de 1993, concordante con lo dispuesto las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000, sus funcionarios no tienen ningún vínculo con la Alcaldía Municipal de Neiva, luego tampoco existiría impedimento alguno para que ésta celebre contratos con la Fundación Cumpliendo sueños.

En el mismo sentido, se pronunció la Junta Central de Contadores (unidad administrativa dependiente del Ministerio de Educación, encargada de vigilar y garantizar el correcto ejercicio de la profesión de contador público), al afirmar:

Atendiendo lo dispuesto en la Ley 43 de 1990 y en particular en lo que hace referencia a la conducta ético disciplinaria del profesional de la Contaduría Pública, no existe una prohibición expresa para que el profesional vinculado al Estado preste sus servicios de manera independiente, de cuenta que cada contador público debe valorar detenidamente su caso a efectos de establecer si el régimen interno de la Entidad Oficial a la que se encuentra vinculado, así como el régimen del empleado oficial, contemplan prohibiciones en este sentido. Resulta necesaria tal valoración, toda vez que de existir impedimento especial se estaría atentando contra las disposiciones correspondientes e incluso contra el contenido en el Código de Ética de la profesión.<sup>11</sup>

De lo anteriormente expuesto, se puede colegir que, en principio, no existe inhabilidad ni incompatibilidad para que un contador público sea funcionario

---

<sup>11</sup> Junta Central de Contadores, Consulta 195 del 16 de septiembre de 1996

público y al mismo tiempo ejerza su profesión en forma particular como revisor fiscal. Deben, eso sí, analizarse las situaciones que describen las leyes aludidas. Por ejemplo, si la revisoría fiscal se presta a entidades descentralizadas, sociedades de economía mixta o, a cualquier otra entidad en cuyo presupuesto haya participación estatal, entonces sí surgiría la inhabilidad, por cuanto se estaría recibiendo dos remuneraciones provenientes del tesoro público, situación que está prohibida como vimos, en el artículo 128 de la Constitución Política. Por esta razón resultaría conveniente examinar de donde provienen los recursos que conforman el presupuesto de la Fundación Cumpliendo Sueños.

Así mismo es preciso que se advierta, en cada caso, las diversas eventualidades que pueden presentarse, entre ellas la propia continuidad y prestación del servicio público, así como la dedicación exclusiva del funcionario al cumplimiento de la actividad en su jornada laboral. Lo propio debe indicarse en una situación en la cual se produzca un conflicto de intereses, para el caso, la eventual circunstancia de que el funcionario de la Contraloría Municipal deba ejercer labor de auditoría respecto de la gestión fiscal del municipio en lo que atañe a la contratación con la Fundación. Obviamente, uno de los principios de esta labor es la que una revisoría no puede resultar controlada por la misma persona que hizo la primera.

Ahora bien, escapa a las atribuciones de esta oficina así como al propósito de esta consulta "investigar", aspectos relativos a la eventual responsabilidad frente a la actuación de los servidores públicos, como no sea de la manera general y abstracta aquí planteada.

Confiando en que las anteriores consideraciones despejen su inquietud, me suscribo.

Cordialmente,



**JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN**  
Director de la Oficina Jurídica

C.C. Gerencias Seccionales