



Función Pública

Concepto 303861 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000303861

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000303861

Fecha: 13/07/2020 12:34:38 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Abogado. Radicado: 20202060283272 del 3 de julio de 2020.

En atención a la radicación de la referencia, la cual fue remitida a esta Dirección Jurídica, por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, en la que consulta si siendo abogado y a su vez funcionario público, puede llevar un proceso en el que actuará como demandante en nombre propio, se da respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, es importante precisar que, de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, como la Sentencia C- 546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz, se estableció que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado en Sentencia proferida dentro del Expediente 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI), Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez, dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró que las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procederá la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

Así mismo, se hace necesario verificar el contenido del numeral 1° del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado, el cual dispone:

“ARTÍCULO 29. INCOMPATIBILIDADES. No pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos:

1. Los servidores públicos, aun en uso de licencia, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permita. Pero en ningún caso los abogados contratados o vinculados podrán litigar contra la Nación, el departamento, el distrito o el municipio,

según la esfera administrativa a que pertenezca la entidad o establecimiento al cual presten sus servicios, excepto en causa propia y los abogados de pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones”.

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que por regla general, no pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos los servidores públicos, al respecto, debe indicarse que en virtud del artículo 123 de la Constitución Política, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia C-1004 del 22 de noviembre de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 29 numeral 1 parágrafo de la Ley 1123 de 2007, dispuso:

“14.- Como se desprende de la lectura del artículo en mención, no pueden ejercer la profesión de abogacía - aun cuando se encuentren inscritas y en uso de licencia - aquellas personas que ostenten la calidad de servidores públicos. Lo establecido en el numeral primero del artículo 29 representa la regla general y tiene como destinatarios a los servidores públicos. El parágrafo, configura, entretanto, la excepción y se aplica a los servidores públicos que además sean docentes de universidades oficiales.

La regla general consiste, por consiguiente, en que a los servidores públicos no se les permite prima facie ejercer la profesión de abogacía, así estén debidamente inscritos y quieran hacerlo en uso de licencia. Únicamente pueden los servidores públicos ejercer la profesión de abogacía cuando deban hacerlo por función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permite. Se les prohíbe de manera terminante a los servidores públicos litigar contra la Nación, el Departamento, el Distrito o el Municipio dependiendo del ámbito de la administración a que se suscriba la entidad o el establecimiento al que estén vinculados estos servidores públicos. No obstante, lo anterior, se permite a los servidores públicos litigar en causa propia y fungir como abogados de pobres.

15.- Puede afirmarse hasta aquí, que lo establecido en el numeral primero del artículo 29 cumple varios propósitos, pero se orienta, en particular, a asegurar la dedicación exclusiva de los servidores públicos al ejercicio de sus funciones. Lo anterior concuerda con lo dispuesto, a su turno, por el numeral 11 del artículo 34 del Código Disciplinario Único de conformidad con el cual es deber de los servidores públicos “[d]edicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.” De este modo, se restringe el ejercicio privado de la profesión bajo la aplicación del principio de eficacia, pero también en consideración de los principios de neutralidad e imparcialidad en el sentido de asegurar la dedicación exclusiva de los servidores públicos al ejercicio de sus funciones y, por otro lado, impedir que los servidores públicos profesionales de la abogacía - que estén debidamente inscritos - incurran en situaciones que puedan originar conflictos de intereses.

Lo anterior se hace evidente cuando se repara en el énfasis que pone el mismo numeral primero del artículo 29 al decir que “en ningún caso los abogados contratados o vinculados podrán litigar contra la Nación, el departamento, el distrito o el municipio, según la esfera administrativa a que pertenezca la entidad o establecimiento al cual presten sus servicios.” De ahí se infiere la preocupación de la Ley en diseñar un régimen de incompatibilidades en el que se plasmen exigencias y cautelas con el fin de evitar, en la medida de lo factible, producir situaciones que pongan en riesgo la actuación eficaz, objetiva, imparcial e independiente de los servidores públicos.

16.- Estas cautelas y previsiones no constituyen, sin embargo, una camisa de fuerza que les niegue a los servidores públicos que son a su vez abogados debidamente inscritos la posibilidad de litigar. El numeral primero es claro cuando hace la salvedad de acuerdo con la cual aquellos servidores públicos que por razón de la función que cumplen o a quienes el respectivo contrato mediante el cual se vinculan en calidad de servidores públicos se los permite, pueden ejercer su profesión de abogacía. A lo que se suma el que tales servidores que también sean profesionales del derecho siempre pueden litigar en causa propia y como abogados de pobres. De todo ello se deriva, como lo mencionó la Corte en líneas precedentes, un interés porque los servidores públicos realicen su tarea de modo eficaz, así como se comporten de manera imparcial y transparente y velen por los intereses de la sociedad en general.

17.- Respecto de la excepción prevista en el parágrafo adicionado al numeral primero del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007 vale la pena recordar en este lugar, que el numeral analizado estaba incluido en el Estatuto de la Abogacía Decreto 196 de 1971 (numeral primero del artículo 39) y fue examinado y encontrado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-658 de 1996. También resulta preciso traer a la memoria cómo fue en el curso de la aprobación de la mencionada Ley 1123 en el Senado de la República, que se adicionó el numeral primero con un parágrafo otorgándole de esa manera a las personas profesionales de la abogacía debidamente tituladas e inscritas la posibilidad de

desempeñarse como profesores (as) de universidades oficiales y a un mismo tiempo ejercer la profesión de derecho bajo una condición: que ese ejercicio de la abogacía no interfiera en el desarrollo de sus funciones como docentes.

“ (...)”

20.- A partir de lo expuesto hasta este momento, pueden efectuarse, entonces, las siguientes distinciones: (i) el numeral 1º del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007 trae consigo una regla general en materia de incompatibilidades para los abogados inscritos que al mismo tiempo sean servidores (as) públicos (as) y es que, en principio, no pueden litigar, así tengan la licencia para ello. (ii) El mismo numeral prevé para todos (as) los (as) servidores (as) públicos (as) sin excepción ciertas salvedades que de presentarse los (las) habilitarían para ejercer su profesión de abogacía cuando: (a) lo deban hacer en función de su cargo; (b) el respectivo contrato se los permita; (c) litiguen en causa propia; (d) obren como abogados de pobres.

21.- A las anteriores excepciones que se aplican a favor de todos (as) los (as) servidores (as) públicos (as) se agrega una excepción - prevista en el párrafo del numeral primero del artículo 29 - cuyas destinatarias son todas las personas profesionales de la abogacía tituladas e inscritas que se desempeñen como profesores (as) de universidades oficiales. La excepción que regula la norma demandada corresponde al desarrollo de la potestad de la Legislación para regir los distintos aspectos de la vida social y, en este caso específico, las faltas disciplinarias, sanciones y procedimiento a que se sujetan las personas profesionales de la abogacía.

Como lo mencionó la Corte en párrafos precedentes, el propósito del numeral 1º del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007 fue asegurar la dedicación exclusiva de los (las) servidores (as) públicos (as) al ejercicio de sus funciones y, en tal sentido, obtener una actuación eficaz y eficiente encaminada a garantizar la protección del interés general así como tendiente a impedir, en la medida de lo factible, producir situaciones de conflicto de intereses que pongan en riesgo la objetividad, imparcialidad e independencia con que debe obrar todo (a) servidor (a) público (a) sin que la norma establezca una camisa de fuerza para que en ciertas circunstancias, la persona que obra en calidad de servidora pública, que a la vez posee el título de profesional en abogacía, pueda litigar con algunas restricciones. (...)”

De conformidad con el análisis de la Corte Constitucional, históricamente se ha previsto la necesidad de restringir a las personas que ostentan la calidad de servidores públicos, el ejercicio privado de su profesión, así como se les ha impedido ejercer más de un cargo público.

Lo anterior con el fin de asegurar la dedicación exclusiva de los servidores públicos al ejercicio de sus funciones, bajo la aplicación de los principios de eficacia, neutralidad e imparcialidad y también para impedir que los servidores públicos profesionales de la abogacía, que estén debidamente inscritos, incurran en situaciones que puedan originar conflictos de intereses.

Para todos los servidores públicos se prevén ciertas salvedades que de presentarse los habilitarían para ejercer la profesión de abogacía cuando: (a) lo deban hacer en función de su cargo; (b) el respectivo contrato se los permita; (c) litiguen en causa propia; (d) obren como abogados de pobres en ejercicio de sus funciones.

Aunado a lo anterior, debe tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido: (...)

El numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, 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."

"ARTÍCULO 34. LOS DEBERES. Son deberes de todo servidor público: (...)

11. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales."

El Decreto 2400 de 1968, por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones, establece:

"ARTÍCULO 8º. A los empleados les está prohibido:

"Realizar actividades ajenas al ejercicio de sus funciones durante la jornada de trabajo; abandonar o suspender sus labores sin autorización previa; retardar o negar injustificadamente el despacho de los asuntos o la prestación del servicio a que estén obligados; (...)"

Una vez adelantada una revisión de las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades aplicadas a los servidores públicos, en criterio de esta Dirección Jurídica, no hay impedimento para que un servidor público que ocupe un empleo en un nivel diferente al directivo o asesor sea representante legal, o pertenezca a una sociedad, siempre y cuando sus funciones no las realice en horas laborables y dicha situación no interfiera con su trabajo.

En caso contrario se violaría el deber legal de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las labores encomendadas, propias del cargo que desempeña como empleado público; debe tener en cuenta que le está prohibido prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo.

Así mismo, en los términos de la normativa transcrita, los servidores públicos son inhábiles para participar, por sí o por interpuesta persona, en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales; no podrán recibir ninguna asignación adicional a la de servidor público, proveniente del tesoro público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la Ley.

Ahora bien, en caso en que el empleo que ocupe el funcionario objeto de consulta, pertenezca al nivel directivo, asesor o ejecutivo en la entidad pública, y tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo de una sociedad de carácter privado, se generaría una inhabilidad para que la entidad pública respectiva contrate con dicha sociedad.

Conforme a lo expuesto y atendiendo puntualmente la consulta, en criterio de esta Dirección Jurídica, no existe impedimento para que un servidor público haga parte de una entidad privada, siempre y cuando no preste a título particular servicios de asistencia o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo de la entidad pública donde labora, ni preste servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron o están sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos público al que se encuentre vinculado.

Es importante tener en cuenta que, si actúa como representante legal de esta empresa privada, debe tener en consideración que, a todo servidor público, en virtud de lo señalado en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la

Administración Pública, le está prohibido suscribir contratos con entidades públicas de cualquier nivel, por tanto, el representante legal que sea servidor público, estará impedido para suscribir un contrato con cualquier entidad estatal.

Igualmente es importante señalar, que las funciones que desarrolle en la entidad de carácter privado, no deben realizarse en horas laborables; en caso contrario se violaría el deber legal de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las labores encomendadas, propias del cargo que desarrolla como empleado público, siempre y cuando estas no estén prohibidas como abogado.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/web/eva/gestor-normativo>, «Gestor Normativo», donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Janne Alexandra Guzmán Quintero.

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:00:44