



## Concepto 443921 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000443921\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000443921

Fecha: 13/12/2021 08:36:12 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Prohibición de asesorar, asistir o representar. RAD. 20219000705522 del 17 de noviembre de 2021.

En la comunicación de la referencia, informa que es abogado titulado y ganó un concurso para el cargo de la entidad territorial Gobernación de Casanare oficina de pasaportes. Las funciones del empleo de la oficina de pasaportes son: a) Expedir los Pasaportes de acuerdo con la Normatividad vigente y el convenio establecido con el Ministerio de Relaciones Exteriores. b) Autorizar los Pasaportes por medio de firma digital, así como realizar la entrega de los mismos. c) Resolver las inquietudes de los usuarios sobre los requisitos que se deben cumplir para la expedición de Pasaportes. d) Proyectar las respuestas legales en temas de extranjería, conforme a la normatividad vigente, y de resorte a las competencias de la Entidad. e) Elaborar los informes requeridos por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobernación de Casanare, Entes de control y demás Organismos del Estado, atendiendo sus necesidades de información. Manifiesta que está en el proceso de establecer una sociedad por acciones simplificada cuyo objeto principal es la asesoría, y orientación en los siguientes temas: Visas, Apostilla nacionalidad. Con base en la información precedente, consulta si, como abogado titulado, y una vez posesionado en la oficina de pasaportes del departamento de Casanare, existe inhabilidad o incompatibilidad con la actividad comercial que narre en los hechos anteriores, toda vez que, en su criterio, los temas no tienen relación con la función principal del empleo. Sobre su inquietud, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente, es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos así como tampoco, le compete señalar si una persona incurrió o no en causal de inhabilidad o incompatibilidad, competencia atribuida a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, debe indicarse que los Servidores Públicos son las personas encargadas de cumplir y realizar las funciones y los fines establecidos por el Estado para su funcionamiento. Para evitar que los intereses particulares interfieran con las funciones públicas, la Constitución y las Leyes establecen un sistema de requisitos y limitaciones para quienes se van a vincular y para quienes se encuentran desempeñando cargos del Estado, que comúnmente son denominadas inhabilidades e incompatibilidades.

Sobre las prohibiciones para los servidores públicos, la Ley 734 de 2002, "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único", determina en su artículo 35, modificado por el artículo 3° de la Ley 1474 de 2011:

"ARTÍCULO 35. PROHIBICIONES. A todo servidor público le está prohibido:

(...)

22. 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.

(...)" (Se subraya).

Como se observa, los servidores públicos tienen prohibido 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.

Esta prohibición pretende evitar que terceros puedan beneficiarse de la información especial y del conocimiento que en razón de sus funciones tiene el servidor público y que la función pública sea utilizada de manera ilegal en provecho de intereses particulares o con exclusiones indebidas, o con favoritismos que reflejen privilegios no autorizados por la ley, o con ventajas obtenidas a merced del uso de información a la que se tiene acceso por razón de la calidad de servidor público, atentando de esta forma contra la ética y la probidad que deben caracterizar a los funcionarios públicos.

Nótese además, que la norma prohíbe la asesoría o asistencia en asuntos relacionados con las funciones del cargo. Vale decir, la actividad prohibida no tiene que ser idéntica a las funciones que desarrolla como servidor público, sino que estén relacionadas.

Adicionalmente, en su calidad de abogado, debe atender lo señalado en la Ley [1123](#) de 2007, Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado, que señala lo siguiente:

"ARTICULO 29. INCOMPATIBILIDADES. No pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos:

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.

PARÁGRAFO. Los abogados titulados e inscritos que se desempeñen como profesores de universidades oficiales podrán ejercer la profesión de la abogacía, siempre que su ejercicio no interfiera las funciones del docente. Así mismo, los miembros de las Corporaciones de elección popular, en los casos señalados en la Constitución y la ley."

(...)" (Se subraya).

Debe señalarse que, conforme al artículo [123](#) de la Constitución, los servidores públicos son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados, los trabajadores oficiales y los que determine la Ley.

Según lo señalado en su consulta, fue vinculada mediante un nombramiento provisional, lo que significa que tiene la calidad de empleada pública y la modalidad del nombramiento no desdibuja su calidad. Por lo tanto, la prohibición contenida en el artículo [29](#) de la Ley [1123](#) de 2007, le es aplicable.

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, señaló:

"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.

Lo anterior para 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 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 en ejercicio de sus funciones.” (Se subraya).

Adicionalmente, la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema en la sentencia [C-290](#) de 2008, en los siguientes términos:

“La Corte ha considerado que el abogado ejerce su profesión principalmente en dos escenarios: (i) por fuera del proceso, a través de la consulta y asesoría a particulares, y (ii) al interior del proceso, en la representación legal de las personas naturales o jurídicas que acuden a la administración de justicia para resolver sus controversias.” (Se subraya).

De acuerdo con la jurisprudencia citada, el abogado ejerce su profesión dentro de un proceso que cursa en la administración de justicia y por fuera de él, a través de la consulta y asesoría de particulares. Así, la prohibición que pesa sobre los servidores públicos debe entenderse en estas áreas de ejercicio de la profesión sin importar si la actividad es o no remunerada.

De acuerdo con los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que en el evento que se posesione como servidor público, deberá atender no sólo la prohibición contenida en el numeral 22 del artículo 35 de la ley 734 de 2002, sino también la que pesa sobre los profesionales del derecho que tienen la calidad de servidores público que, como se indicó en el cuerpo del concepto, aplica no solo para la actuación en los procesos judiciales sino también para la asesoría a particulares.

Es pertinente señalar que actuar en contravía de estas prohibiciones puede generar investigaciones y sus consecuentes sanciones disciplinarias.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”: [/eva/es/gestor-normativo](#), donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortés

111602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. “Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública”

*Fecha y hora de creación: 2024-11-24 16:37:18*