



Concepto 383901 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000383901

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000383901

Fecha: 18/10/2022 03:10:13 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Abogado litigante. Concejal. Radicado: 20222060483692 del 19 de septiembre de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita se emita un concepto en respuesta a la siguiente pregunta:

¿En qué inhabilidad o incompatibilidad incurre un abogado litigante que lleva un proceso, como apoderado, contra la alcaldía municipal si se postula para ser elegido concejal en la misma municipalidad?

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, 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 dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Conforme lo anterior, 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, sin que puedan buscarse analogías o aducirse razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos por el legislador, pues la voluntad de éste no puede ser suplantada, en detrimento de derechos de terceros o de intereses sociales que exigen la sujeción estricta al texto de la ley prohibitiva.

De acuerdo a lo anterior, para lo pertinente se debe tener en cuenta el siguiente fundamento jurídico:

En primer lugar, revisadas las inhabilidades para ser concejal previstas en el artículo 40 de la Ley 617 de 2000 modificatorio del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 no se encuentra alguna restricción en razón de su ejercicio como abogado litigante que le impida postularse a este cargo de elección popular. No obstante, en el evento de ser elegido como concejal debe tener en cuenta el marco legal en materia de incompatibilidades.

Así, conforme a la citada Ley 136, el artículo 45 enumera los impedimentos de los concejales en ejercicio; que entre otras, para el caso:

ARTÍCULO 45.- Incompatibilidades. Los concejales no podrán:

(...)

Ser apoderado antes las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones que más adelante se establecen.

(...)

No obstante, lo anterior, el artículo 46 subsiguiente exceptúa del ejercicio como abogado siendo concejal, en los siguientes asuntos:

ARTÍCULO 46.- Excepciones. Lo dispuesto en los Artículos anteriores no obsta para que los concejales puedan ya directamente o por medio de apoderado, actuar en los siguientes asuntos:

- a. En las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la Ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos, tengan interés;
- b. Formular reclamos por el cobro de impuestos, contribuciones, tasas y de multas que graven a las mismas personas;
- c. Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social ofrezcan al público, bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten (Adicionado por el Art. 42, Ley 617 de 2000).
- d. Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Sin embargo, los concejales durante su período Constitucional no podrán ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital (Destacado nuestro).

El artículo 128 ibidem, también exceptúa:

ARTÍCULO 128.- Excepciones. Lo dispuesto en los Artículos anteriores no obsta para que se pueda, ya directamente o por medio de apoderado, actuar en los siguientes asuntos:

- a. En las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos tengan legítimo interés;
- b. Formular reclamos por cobro de impuestos, contribuciones, tasas y multas que gravan a las mismas personas;
- c. Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social ofrezcan al público, bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten (Adicionado por el art. 45, Ley 617 de 2000).
- d. Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público.

Por su parte, la Ley 1123 de 2007 al pronunciarse sobre las limitaciones al ejercicio de la abogacía, dispone:

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.

(...)

(Destacado nuestro).

Sobre el mismo tema, la Ley 1952 de 2019, refiere:

ARTÍCULO 43. Otras incompatibilidades. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta doce meses después del vencimiento de su periodo o retiro del servicio:

a. Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;

b. Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

(...)

Conforme a la aparente contradicción entre las normas previamente citadas, la Corte Constitucional, en sentencia C-307 de 1996, al declarar la exequibilidad condicionada de las expresiones «*concejales y miembros de las juntas administradoras locales*» contenidas en el literal b), numeral 1 del artículo 44 de la Ley 200 de 1995 (hoy regulada en el literal a), numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019), en los siguientes términos:

(...) Así entonces, y a pesar de las restricciones anotadas, la norma acusada no impide el ejercicio de la profesión de abogado ni el derecho al trabajo, como lo afirma el demandante, pues le permite actuar como litigante, como catedrático o ejercer en el ámbito privado, aunque evidentemente y por razón del cargo, encuentra limitada su actuación. Esta limitación se encuentra justificada en el cumplimiento de los principios de moralidad, eficacia e imparcialidad señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, que persiguen el cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los puedan afectar o poner en peligro (artículos 123 y 133 de la CP).

En el caso bajo examen, es evidente que la norma acusada no rompe el principio de igualdad, no sólo porque quedó demostrado que los abogados sí pueden ejercer su profesión, aunque con las limitaciones establecidas, sino además, porque las incompatibilidades existen en razón del cargo que se desempeña y de la función que se asigna al servidor público, derivado de una especial condición de la que no gozan los particulares y que implica, por ende, unas especiales responsabilidades con el Estado y con la sociedad, que de manera alguna pueden ser desconocidas por la Constitución y la ley.

De acuerdo con el Alto Tribunal Constitucional los abogados que sean elegidos como concejales pueden ejercer su profesión siempre que con su actuación no incumplan el régimen de incompatibilidades. Al igual, como concejal puede percibir doble asignación proveniente del tesoro siempre y cuando esta se encuentre dentro las excepciones previstas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992.

RESPUESTA A LA PREGUNTA OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, tal como se precisa al inicio de este concepto el hecho de llevar un proceso en contra de la alcaldía municipal no lo inhabilita para ser concejal del mismo municipio. No obstante, en el evento de resultar elegido como concejal y al no poder continuar con el ejercicio de su profesión, en tanto la representación judicial es contra autoridades del mismo territorio, en criterio de esta Dirección Jurídica debe renunciar o sustituir el poder, toda vez que dicha situación es causal de incompatibilidad con el ejercicio de su cargo como miembro de corporación pública.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva, en el botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Maia Borja Guerrero

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

Corte Constitucional en Sentencia No. [C-546](#) de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

«Por la cual se reforma parcialmente la Ley [136](#) de 1994, el Decreto Extraordinario [1222](#) de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto [1421](#) de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional»

«Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios»

«Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado»

«Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley [734](#) de 2002 y algunas disposiciones de la ley [1474](#) de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario».

Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Código Único Disciplinario derogado por la hoy derogada Ley [734](#) de 2002.

«Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo [150](#), numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política».

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:46:14