



Concepto 073491 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000073491

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000073491

Fecha: 20/02/2023 11:55:27 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal. Radicado: 20239000027922 del 15 de enero de 2023.

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

¿Puede un concejal ser apoderado de un particular que busca civilmente una reparación económica en contra de una empresa de servicios públicos domiciliarios de economía mixta con participación privada de más del 50% del capital que opera en el municipio donde fue elegido?

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, 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 debe estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley. Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado² en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011 con relación al 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).

Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. Es decir, son taxativas, tienen un carácter prohibitivo y están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley. Además, su interpretación es restrictiva por lo que no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

En este entendido, La Ley 1123 de 2007, «Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado», establece:

ARTÍCULO 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 resalta).

Por su parte, la Ley 136 de 1994, «Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios», sobre las incompatibilidades de los concejales, estipula:

ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán:

(...)

Ser apoderado ante 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.

(...).

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.

(...)

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.

(...) (Se subraya).

Además, la Ley 1368 de 2009, «Por medio de la cual se reforman los artículos 66 y 67 de la Ley 136 de 1994 y se dictan otras disposiciones», en su artículo 8°, expone:

ARTÍCULO 8°. Ejercicio de la profesión u oficio. Los Concejales podrán ejercer su profesión u oficio, siempre y cuando con ello no se interfieran las funciones que ejercen como tales, ni se trate de asuntos en los cuales el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés, en sentencia emitida el 27 julio de 2017, dentro del expediente con radicado número 05001-23-33-000-2016-02017- 01(PI), sobre la prohibición de ejercer la abogacía para un concejal, considera:

(...) el artículo 29 de la Ley 1123, prevé, como regla general, que los servidores públicos no pueden ejercer la abogacía, estableciendo las excepciones en las cuales aquello es viable.

No obstante, en virtud del párrafo de dicho artículo, el ejercicio de la abogacía para el caso de los servidores públicos que tengan la categoría de miembros de corporaciones de elección popular está sujeto a las disposiciones especiales previstas en la Constitución Política y la ley.

La ley, entonces, y más precisamente, la Ley 1368, contempló una regla diferente de la prevista en la primera parte del artículo 29 de la Ley 1123, en la medida en que permite que los concejales, en particular, ejerzan su profesión u oficio, entre ellos, la abogacía.

Sin embargo, la regla general debe compaginarse con las excepciones que se encuentran contempladas en los artículos 45 y 46 de la Ley 136 como en la misma Ley 1368.

Así, el artículo 45 de la Ley 136 señala que los concejales que fungen como abogados no pueden ser apoderados ante las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, norma que sea de paso indicar, no solo es aplicable a los abogados, como lo estableció esta Sala en el fallo citado anteriormente (sentencia del 13 de julio de 2006, Consejera Ponente: Martha Sofía Sanz Tobón).

De otra parte, el artículo 46 de la Ley 136 al establecer las excepciones a las incompatibilidades previstas en el artículo 45, indica, en el literal d), que los concejales pueden ser apoderados en procesos judiciales, lo cual se acompasa con la regla general prevista en el artículo 8 de la Ley 1368.

Sin embargo, este mismo literal prohíbe que los concejales que ejercen la abogacía puedan ser apoderados o peritos (precepto que no solo resulta aplicable a los abogados) en procesos judiciales que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio o de 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.

Adicionalmente, la Ley 1368 contempló dos situaciones adicionales en las que se prohíbe a los concejales el ejercicio de la profesión u oficio, entre ellos la abogacía, prohibiciones consistentes, en primer lugar, en que el ejercicio de la profesión interfiera con el desarrollo de las funciones que desarrolla como concejal y, en segundo lugar, respecto de todo asunto en donde el municipio pueda fungir como parte.

Para esta Sala, entonces, este resulta ser el régimen que regula el ejercicio de la profesión de abogado para los concejales.

Aplicados los planteamientos anteriores, conforme lo encontró el Tribunal Administrativo de Antioquia, la demandada incurrió en la causal de pérdida de investidura por la violación del régimen de incompatibilidades previsto para los concejales, al incurrir en la incompatibilidad prevista en el artículo 8° de la Ley 1368, por cuanto la señora Dora Lilibiana Osorio Zapata, ostentando la calidad de concejal del municipio de San Pedro de los Milagros, presentó en nombre propio y su condición de abogada y apoderada judicial del señor José Alberto Bustamante Medina, una acción popular en contra de aquel municipio, proceso judicial identificado con el núm. 05001333302220150119700 y que cursa en el Juzgado 22 del Circuito Administrativo de la ciudad de Medellín, como lo acredita la copia del acta que da cuenta de la audiencia de pruebas realizada el 12 de abril de 2016, en la que consta la señora Osorio Zapata suscribe el acta como «[...] Apoderado de la parte demandante [...]» (fol. 7, cuaderno principal).

La Ley 489 de 1998, «Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones», establece:

ARTÍCULO 38.- Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

(...)

2. Del Sector descentralizado por servicios:

(...)

Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta (...)

La misma ley precisa que las sociedades de economía mixta se definen como:

ARTÍCULO 97.- *Sociedades de economía mixta.* Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

(...)

PARÁGRAFO. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuáles el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Conforme a las sociedades de economía mixta integran el sector descentralizado de la Rama Ejecutiva sea que su aporte estatal sea mayor que el capital privado, o viceversa. La norma prevé que en aquellas donde el aporte de la Nación sea igual o superior al 90% del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.

De acuerdo con la normatividad y el pronunciamiento citados, los concejales que tengan la profesión de abogados, pueden ejercer esta profesión, salvo en los siguientes casos:

Ser apoderados ante las entidades públicas del respectivo municipio.

Ser apoderados ante las personas que administren tributos procedentes del mismo municipio.

Ser apoderados en procesos judiciales que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio o de 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.

Ser peritos en procesos judiciales que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio o de 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.

Si el ejercicio de la profesión interfiere con el desarrollo de las funciones que desarrolla como concejal.

No podrá actuar como abogado en todo asunto en donde el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte.

RESPUESTA A LA PREGUNTA OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, un concejal no puede ejercer como apoderado ante las entidades públicas del respectivo municipio, salvo que se trate de sociedades de economía mixta en las cuales el aporte estatal sea superior al 50% del capital. Así, la norma prevé que los concejales pueden ejercer la profesión siempre que con ello no se interfiera en las funciones que ejerce, o cuando se trate de asuntos en los cuales el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte. Por ende, entendemos, según lo consultado, que el municipio donde usted es concejal sería parte en el proceso, en tanto la sociedad de economía mixta a la que hace referencia tiene un aporte público inferior al 50%, en este caso, se configuraría la incompatibilidad para ejercer la abogacía.

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: Armando López Cortés

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

²Sentencia proferida dentro del Expediente núm. 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 03:04:44