



Concepto 129441 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000129441

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000129441

Fecha: 05/03/2024 03:37:20 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. EXCONTRATISTA. Abogado. RAD.: 20242060088982 Fecha: 2024/01/30

"...¿Puede un abogado ex contratista de una entidad territorial cuyo objeto fue la "PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES ESPECIALIZADOS PARA ASESORAR JURÍDICAMENTE AL DESPACHO DEL ALCALDE EN LOS ASUNTOS RELACIONADOS CON LA ADMINISTRACIÓN." ejercer la abogacía para representar a un ex secretario de la misma entidad quien fungió como tal en otro periodo constitucional, y fue demandado a través del medio de control de reparación directa cuyo asunto no conoció ni asesoró en desempeño de su contrato?"

La anterior consulta se sustenta en la libertad de profesión que tiene los abogados; el derecho del cliente a tener una buena defensa, y el derecho al trabajo al que tienen derecho para su subsistencia ..." [Sic], me permito manifestarle lo siguiente:

En primer lugar, en cuanto a las Incompatibilidad y/o prohibiciones durante el ejercicio de la abogacía, la Ley [1123](#) de 2007¹, precisa:

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.*

NOTA: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-879 de 2014.

Los militares en servicio activo, con las excepciones consagradas en el Código Penal Militar.

Las personas privadas de su libertad como consecuencia de la imposición de una medida de aseguramiento o sentencia, excepto cuando la actuación sea en causa propia, sin perjuicio de los reglamentos penitenciarios y carcelarios. NOTA: Expresión subrayada Declarada Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-398 de 2011.

Los abogados suspendidos o excluidos de la profesión.

Los abogados en relación con asuntos de que hubieren conocido en desempeño de un cargo público o en los cuales hubieren intervenido en ejercicio de funciones oficiales. Tampoco podrán hacerlo ante la dependencia en la cual hayan trabajado, dentro del año siguiente a la dejación de su cargo o función y durante todo el tiempo que dure un proceso en el que hayan intervenido.

En virtud de la transcripción de la norma, se puede concluir 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, excepto en causa propia y los abogados de pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, en cuanto a vinculación mediante un contrato de prestación de servicios, es importante tener en cuenta que los contratistas no tienen la calidad de servidores públicos. Al respecto, el Consejo de Estado mediante Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de Mayo 10 de 2001, Radicación No. 1.344, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, señaló:

"La vinculación jurídica derivada del contrato de prestación de servicios es diferente de la que emana de la relación laboral de origen contractual con los trabajadores oficiales. En efecto, el de prestación se refiere a actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad; el contratista es autónomo para ejecutar el contrato; no se causan prestaciones sociales y no responde disciplinariamente -Sentencia C-280/96, mientras que el trabajador oficial, en su orden, labora en la construcción y sostenimiento de obras públicas o está vinculado a una empresa industrial o comercial del Estado; está, por esencia, subordinado a la administración; las prestaciones sociales le son consustanciales y responde disciplinariamente.

De los presupuestos de la definición legal y de los elementos analizados, se concluye que particulares que colaboran con el Estado mediante un contrato de prestación de servicios o cualquier otro, tipificado en la ley 80 de 1993 o producto de la autonomía de la voluntad, no están subsumidos en el contexto de la función pública, ni son, por tanto, servidores públicos y, por lo mismo, no reciben "asignación" en los términos establecidos, lo que hace imposible aplicarles el régimen de estos. (Subrayado nuestro)

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 13 de marzo de 2006² expresó lo siguiente:

"Para abordar el análisis de este puntual tema, se hace indispensable estudiar primero lo relacionado con la calidad que ostentaba el procesado Fernando Hely Mejía Álvarez cuando suscribió con el municipio de Garagoa el mencionado contrato de obra para la ampliación del acueducto rural "Bancos de Páramos", es decir, si por razón de ese acto jurídico público adquirió una función pública y, por ende, la condición de servidor público, o siguió siendo un particular, aspecto jurídico que determina, para efectos de los términos de la prescripción, si se aplica el incremento de la tercera parte que establece el inciso quinto del artículo 83 de la Ley 599 de 2000 (antes artículo 82 del Decreto 100 de 1980).

En efecto, tradicionalmente ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal que a partir de la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993, para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor en un proceso de contratación estatal, cumplen funciones públicas en lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con entidades estatales, y les atribuyó la responsabilidad que en esa materia le señala la ley a los servidores públicos.

No obstante, también la jurisprudencia ha comenzado a decantar el punto, es decir, si los contratistas, como sujetos particulares, pierden su calidad de tal por razón de su vinculación jurídica contractual con la entidad estatal.

Frente a ello es indispensable destacar que, para llegar a dicha conclusión, se hace necesario establecer, en cada evento, si las funciones que debe prestar el particular por razón del acuerdo o de la contratación, consiste en desarrollar funciones públicas o simplemente se limita a realizar un acto material en el cual no se involucra la función pública propia del Estado, pues esa situación define su calidad de servidor público a partir del momento que suscriba el convenio.

Por ello, si el objeto del contrato administrativo no tiene como finalidad transferir funciones públicas al contratista, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, con el fin de realizar materialmente los cometidos propios del contrato, necesario es concluir que la investidura de servidor público no cobija al particular.

En otras palabras, en este evento, se repite, el contratista se constituye en un colaborador de la entidad estatal con la que celebra el contrato administrativo para la realización de actividades que propenden por la utilidad pública, pero no en calidad de delegatario o depositario de sus funciones. Contrario sería cuando por virtud del contrato, el particular adquiere el carácter de concesionario, administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, actividades éstas que necesariamente llevan al traslado de la función pública y, por lo mismo, el particular adquiere, transitoria o permanentemente, según el caso, la calidad de servidor público.

Ello tiene su razón de ser jurídica, en la medida en que la función pública radica en cabeza del Estado. Sin embargo, como la Constitución y la ley prevén que es posible delegar dicha función, lógico es concluir que el particular, adquirente de la función pública, se convierta en servidor público.

En síntesis, cuando el particular, con motivo de la contratación pública, asume funciones públicas propias del Estado, se encuentra cobijado con la investidura de servidor público. Por el contrario, cuando dicho particular presta sus servicios para ejecutar obras de utilidad pública u objetos similares, no pierde esa calidad, en la medida en que su labor constituye una utilidad pública por razón del servicio contratado y no una función pública". (...) (Subrayado por fuera del texto original).

De acuerdo con las sentencias citadas, se concluye que los contratistas no tienen la calidad de servidores públicos. Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden la calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.

La jurisprudencia también ha señalado que el contratista se constituye en un colaborador de la entidad estatal con la que celebra el contrato administrativo para la realización de actividades que propenden por la utilidad pública, pero no en calidad de delegatario o depositario de sus funciones. Contrario sería cuando por virtud del contrato, el particular adquiere el carácter de concesionario, administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, actividades éstas que necesariamente llevan al traslado de la función pública y, por lo mismo, el particular adquiere, transitoria o permanentemente, según el caso, la calidad de servidor público. Por lo tanto, para determinar si el particular obtiene o no la condición de servidor público es necesario verificar la naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por aquél, en cuanto únicamente cuando se le transfiere la realización de funciones públicas se encuentra cobijado con dicha cualificación, no así en el evento de ejecutar una labor simplemente material.

En este orden de ideas, una vez adelantada la revisión de las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, principalmente las contenidas, entre otras, en los artículos 122, 126, 127, 128, 129 de la Constitución Política; el artículo 29 de la Ley 1123 de 2019, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que no hay impedimento para que un ex contratista que prestó sus servicios profesionales en una entidad pública del orden territorial, preste, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del contrato.

Finalmente, de requerir información adicional, remitirlo a la entidad encargada de liderar la contratación estatal y los contratos estatales, Colombia Compra Eficiente, para que desde la órbita de sus competencias emita de fondo la información requerida.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el Gestor Normativo podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Dirección Jurídica.

Proyectó: Julian David Garzón Leguizamón.

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

Por la cual se establece el código disciplinario del abogado.

Proceso No 24833. Magistrado Ponente: Jorge Luis Quintero Milanés. Aprobado acta N° 022. Bogotá, D.C., trece (13) de marzo de dos mil seis (2006).

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:44:14