



Concepto 010661 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000010661

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000010661

Fecha: 10/01/2024 11:26:46 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES Abogados Contratistas.

Radicado No.: 20232061050882. Fecha: 2023-11-27.

Se plantean las siguientes consultas:

"1. Un abogado contratado por prestación de servicios profesionales por una Entidad Territorial (municipio) para su defensa judicial en procesos contenciosos administrativos a:

1.1 ¿se encuentra en inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses para actuar en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho donde su tío (tercer grado de consanguinidad) es demandante en contra de dicha Entidad Territorial?

1.2 ¿se encuentra en inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses para actuar en el trámite de solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación en donde su tío (tercer grado de consanguinidad) es parte solicitante de la conciliación y eventual demandante en contra de dicha Entidad Territorial?

Ahora, en caso de encontrarse en inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses dicho abogado: 2.1 ¿Puede aceptar el poder conferido por la Entidad Territorial (municipio) o no debe aceptarlo? 3. En caso de aceptar el poder conferido por la Entidad Territorial (municipio):

2.2 ¿Debe sustituir el poder a otro abogado para que, éste abogado sustituto sea quien defienda a la Entidad Territorial (municipio) en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho?

2.3 ¿Debe sustituir el poder a otro abogado para que, éste abogado sustituto sea quien defienda a la Entidad Territorial (municipio) en el trámite de la solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación?"

En atención a su comunicación, mediante la cual eleva la anterior consulta, esta Dirección Jurídica se permite manifestarle lo siguiente:

Es importante precisar que, conforme a lo previsto en el Decreto 430 de 2016¹, el Departamento Administrativo de la Función Pública tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En desarrollo de lo anterior, este Departamento Administrativo emite conceptos técnicos y jurídicos mediante los cuales brinda interpretación general de aquellas normas de administración de personal en el sector público que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, pero no es competente para definir casos particulares propios de las diferentes entidades o emitir concepto sobre los actos administrativos o decisiones proferidas por las mismas. Por ende, la respuesta a su consulta hará referencia al fundamento legal descrito, sin que por este hecho se refiera al caso particular; por cuanto tal potestad se le atribuye a la respectiva entidad nominadora por ser quien conoce de manera cierta y detallada la situación de su personal a cargo.

Por otro lado, resulta menester analizar los parámetros legales y jurisprudenciales que han de tenerse en cuenta a la hora de estudiar y aplicar el régimen general de inhabilidades.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en fallo con radicación 11001-03-28-000- 2016-00025-00(IJ) del veintitrés (23) de mayo de dos mil diecisiete (2017), con ponencia de la Magistrada Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, estableció que:

"las circunstancias de inelegibilidad son límites al derecho de acceso a cargos públicos y al derecho a elegir y ser elegido, inspiradas en razones de interés general y bien común. Son, a su vez, expresiones de un género, dentro del cual existen varias especies, que en querer del Constituyente o del Legislador definen, en buena parte, las condiciones de quien ha de acceder a la función pública. Ello, por medio de la exigencia, bien sea positiva o negativa, de pautas comportamentales y cualificaciones de los sujetos activos y pasivos del acto de elección."

(...) "estas configuran el patrón de conducta y/o el perfil esperado del eventual servidor público antes de ocupar un cargo, así como las particularidades que deben rodear su designación, a través de previsiones que se resumen, por ejemplo, en "hacer", "no hacer", "haber hecho" o "no haber hecho", así como en "ser", "no ser", "haber sido" o "no haber sido".

Esa connotación excluyente impone que cualquier pretensión hermenéutica que sobre ellas recaiga debe necesariamente orientarse por el principio de interpretación restrictiva, que demanda que ante la dualidad o multiplicidad de intelecciones frente al precepto que las consagra, se prefiera la más benigna; y, al mismo tiempo, conlleva la proscripción de razonamientos basados en la extensión y la analogía."

Aunado a lo anterior, la corporación que por excelencia ostenta la salvaguarda de nuestra Constitución Política, en reiterados pronunciamientos² ha sido consistente al manifestar 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 Estado³ en sentencia proferida el 8 de febrero de 2011, refiriéndose 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).

El contenido de la normatividad y jurisprudencia citadas nos permite concluir que, las inhabilidades ostentan un carácter prohibitivo, están expresamente fijadas por la Constitución y la Ley y su interpretación es restrictiva, habida cuenta de que son reglas fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, motivos por los cuales no es procedente hacer respecto de ellas algún tipo de analogías, como tampoco resulta ajustado a derecho, que el intérprete les desdibuje para hacerlas extensivas a circunstancias no comprendidas de manera expresa por el Legislador.

Para efectos de dar respuesta a su consulta, es menester llevar a cabo el siguiente análisis jurídico y jurisprudencial.

La Ley 1123 de 2007, Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado, 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).

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 habilitarán 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, Magistrado ponente Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, 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. De acuerdo con la jurisprudencia citada, el abogado ejerce su profesión dentro y fuera de un proceso que cursa en la administración de justicia. 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.

Ahora bien, es pertinente analizar el concepto de "causa propia". La Enciclopedia Jurídica¹ define el concepto "por derecho propio" en los siguientes términos:

"Por derecho propio; "por sí"; "por su propio derecho"

Frases usadas habitualmente en los escritos judiciales para indicar que se actúa personalmente, es decir, sin mediación de apoderado o mandatario." (Se subraya).

De acuerdo con el contenido normativo, tenemos que, los servidores públicos que tienen la profesión de abogados, no podrán ejercer su profesión, excepto cuando:

- 1- Lo hagan en función de su cargo.
- 2- El contrato laboral (para trabajadores oficiales), se los permita.
- 3- Litiguen en causa propia.
- 4- Obren como abogados de pobres en ejercicio de sus funciones.
- 5- Sean docentes de universidades oficiales.

Aunado a lo anterior y teniendo en cuenta que en el caso que se consulta se trata de un abogado contratista, es menester resaltar que la norma, de manera expresa, prohíbe a los abogados *contratados* o vinculados, 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, es decir, esta prohibición no solo recae sobre los abogados que fungen como servidores públicos, sino también sobre aquellos que son contratistas.

Con base en los argumentos normativos y jurisprudenciales que han sido citados a lo largo de este concepto, esta Dirección jurídica se permite dar respuesta en los siguientes términos a las consultas elevadas:

1- "¿se encuentra en inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses para actuar en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho donde su tío (tercer grado de consanguinidad) es demandante en contra de dicha Entidad Territorial?"

En respuesta a esta primer pregunta, esta Dirección Jurídica considera que efectivamente existe una prohibición taxativa para que los abogados contratados por una entidad pública puedan litigar en contra de 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, es decir, en concreto le está prohibido a un abogado contratista fungir como apoderado de un particular en un proceso en contra de la misma entidad para la cual presta sus servicios.

2- "¿se encuentra en inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses para actuar en el trámite de solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación en donde su tío (tercer grado de consanguinidad) es parte solicitante de la conciliación y eventual demandante en contra de dicha Entidad Territorial?"

Recogiendo los argumentos usados para dar respuesta al primer interrogante, se concluye que la misma prohibición cobija al supuesto planteado en la segunda pregunta, habida cuenta de que el abogado estaría actuando nuevamente en contra de la misma entidad, puesto que, con independencia de que en este caso se trate de un escenario conciliatorio, el convocado sigue siendo la entidad para la cual presta sus servicios.

Con la finalidad de dar respuesta a las demás consultas elevadas, es necesario traer citar el siguiente pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado que, 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 2006 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 Alvarez 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 decantarse en favor de la tesis de que 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).

Lo anterior nos permite establecer de manera clara que, la trascendencia de las obligaciones que ejecuta un contratista es lo que le otorgan la calidad de servidor público y, en el caso en concreto, esta Dirección Jurídica considera que las obligaciones ejecutadas por un abogado contratista de una entidad pública, son de trascendencia magna, tanto para la entidad en sí misma como para la comunidad, máxime si tenemos en cuenta que se trata de un abogado que ejerce la defensa oficial de la entidad pública, lo que implica la defensa del patrimonio público, de los recursos públicos y por supuesto, de los contribuyentes, actuación que sin lugar a dudas atiende a intereses generales e implica el ejercicio de una función pública en los términos de la sentencia citada; por tales motivos el abogado contratista se encuentra cobijado con la investidura de servidor público.

Por otro lado, el artículo 44 de la ley 1952 de 2019⁴, consagra lo siguiente:

"ARTÍCULO 44. CONFLICTO DE INTERESES. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus

parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido."

Los parámetros normativos y jurisprudenciales que se acaban de exponer, brindan los argumentos suficientes para dar respuesta a las consultas 3, 4 y 5, respuestas que serán elevadas en los siguientes términos:

3- ¿Puede aceptar el poder conferido por la Entidad Territorial (municipio) o no debe aceptarlo?

Sin lugar a dudas, un abogado contratista de una entidad pública se encuentra en un evidente conflicto de interés cuando en el ejercicio de sus obligaciones debe representar a la entidad en un trámite litigioso en contra de un familiar con quien ostenta un parentesco en el tercer grado de consanguinidad, tal como lo consagra el artículo 44 de la ley 1952 de 2019, toda vez que, de manera concreta un pariente suyo, que se encuentra dentro del cuarto grado de consanguinidad, tiene interés en la decisión del asunto, lo cual conlleva a que el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular, motivo por el cual debe declararse impedido para actuar en el asunto concreto, es decir, no debería aceptar el poder otorgado por la entidad.

4- ¿Debe sustituir el poder a otro abogado para que, éste abogado sustituto sea quien defienda a la Entidad Territorial (municipio) en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho?

5- ¿Debe sustituir el poder a otro abogado para que, éste abogado sustituto sea quien defienda a la Entidad Territorial (municipio) en el trámite de la solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación?"

En los dos casos enunciados en las interrogantes 4 y 5, no cabe duda de que el abogado de la entidad debería sustituir el poder para representar a la entidad, puesto que como ya se dijo en la respuesta inmediatamente anterior, existe un evidente conflicto de interés cuando un abogado representa a una entidad pública en un trámite convocado o iniciado por un pariente suyo con quien tiene un parentesco de consanguinidad de tercer grado, ya que este supuesto se subsume en el precepto contenido en el artículo 44 de la ley 1952 de 2019.

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo 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 LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Oscar Eduardo Merchán Álvarez.

Revisó y Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1"Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública"

2Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

3Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

4 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.

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:25:05