



Función Pública

Concepto 144701 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública

20166000144701

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20166000144701

Fecha: 07/07/2016 12:58:56 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Resulta procedente la actuación de un servidor público (Abogado) para actuar en un proceso de nulidad electoral. RAD.: 20169000147872 del 23/05/2016.

En atención a la comunicación de la referencia, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

La Ley [1123](#) de 2007, por la cual se establece el código disciplinario del abogado, consagra las incompatibilidades para ejercer la abogacía:

“ARTÍCULO 29. *INCOMPATIBILIDADES*. No pueden ejercerla abogacía, aunque se hallen inscritos:

1. Los servidores públicos, aun en uso de licencia, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se lo 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.

(...)”. (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con el Código Disciplinario del Abogado, el artículo 29 señala taxativamente que los servidores públicos, aun en uso de licencia, no podrán ejercer la abogacía, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se lo permita, y que no 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, pero señala como excepción, entre otros eventos, que podrán litigar en causa propia.

Lo anterior es reafirmado por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-1004](#) de 2007, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, donde se manifestó lo siguiente,

“(…) La disposición cuestionada en el Título I de la parte especial del Código Disciplinario del Abogado, correspondiente a los Deberes e Incompatibilidades. El Capítulo II de ese Título se encabeza con el artículo 29, que establece quienes no pueden ejercer la abogacía y en el numeral 1, del cual hace parte el párrafo demandado parcialmente, se prohíbe el ejercicio de la profesión de abogado a los servidores públicos, aún en uso de licencia, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se lo permita, caso en el cual tampoco pueden litigar contra la Nación o entidad territorial a la cual pertenezca la entidad a la cual presten sus servicios. A su vez, la norma establece unas excepciones al ejercicio de la abogacía por un servidor público, el cual se permite cuando: (i) se litiga en causa propia; (ii) se hace en función del cargo; (iii) el respectivo contrato lo permite; (iv) como abogados de pobres; y (v) la excepción prevista en el párrafo para los docentes de universidades oficiales. Ese contexto permite concluir que el propósito del numeral 1) del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007 es impedir, en la medida de lo factible, producir situaciones de conflicto de intereses que pongan en riesgo la objetividad, imparcialidad e independencia con que debe obrar todo servidor público, sin que la norma establezca una camisa de fuerza para que en ciertas circunstancias, el servidor público que a la vez es abogado, pueda litigar con algunas restricciones. (…)

(Subrayado y negrilla fuera de texto)

La naturaleza de la Incompatibilidad consagrada legalmente radica en el entendimiento de ser ésta una prohibición que pretende preservar la probidad del servidor público en el desempeño de sus funciones al impedirle el ejercicio simultáneo de actividades o empleos que puedan entorpecer el desarrollo de sus funciones, y en este sentido constituye un impedimento legal para ejercer la actividad profesional, pero el mismo legislador consagra excepciones a la regla general.

2.- Ahora bien, frente a la acción pública de nulidad electoral, la Ley 1437 de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.” Señala:

“ARTÍCULO 139. Nulidad electoral. Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.

En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. El demandante deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección.

En todo caso, las decisiones de naturaleza electoral no serán susceptibles de ser controvertidas mediante la utilización de los mecanismos para proteger los derechos e intereses colectivos regulados en la Ley 472 de 1998.” (Subraya y negrilla fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.

Ahora bien, frente a la legitimación en la causa por activa de esta acción de nulidad electoral, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro, con Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00008-00, del 31 de 2014, dispuso:

“Como se advirtió en los antecedentes del caso, el doctor Néstor Iván Osuna Patiño demandó la legalidad del acto de 10 de diciembre de 2013, mediante el cual, el Congreso de la República lo eligió como Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Para la Sala, una interpretación literal del artículo 139 del C.P.A.C.A., según el cual, “cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden”, impone entender que la legitimación para formular ese tipo de demandas, es universal, dado que ninguna limitación se estableció por parte del legislador sobre el particular y en tal medida, bien puede ejercerla cualquier persona, incluido el elegido. Tanto es así que se le permite, incluso, a la misma autoridad pública que necesita corregir su propia decisión, demandar sus actos lesivos. Sobre el punto, el artículo 97 del C.P.A.C.A. establece: “si (...) la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o la ley, deberá demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”. Esta facultad ha sido reconocida por la Sección Quinta del Consejo de Estado que avaló la posibilidad de que la propia administración que expidiese el acto declarativo de una elección o contentivo de un nombramiento, lo demande

ante esta jurisdicción con el fin lograr su declaratoria de nulidad y, también, restablecer el derecho particular que se trasgredió, esto dependiendo del medio de control empleado. En este orden, si la administración tiene la posibilidad de demandar su propio acto, resultaría restrictivo desde cualquier punto de vista, que quien pretenda defender la legalidad del ordenamiento jurídico afectado con la expedición del mismo, incluso si este es el particular elegido, no tenga la opción de demandar un acto que considere contrario a la ley. Máxime cuando, la jurisprudencia ha sido reiterativa en señalar que en relación estrecha con el derecho al debido proceso y defensa, más específicamente, la defensa técnica está atado el principio de igualdad de armas, según el cual, "(...) en el escenario del proceso (...), los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección". De esta manera, es indiscutible la posibilidad que tiene "cualquier persona" de acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para controvertir la legalidad de los actos electorales, posibilidad que la ley no conculca ni restringe para el elegido. Lo anterior, se debe además a que la pretensión del doctor Osuna Patiño en el caso que nos ocupa se limita a solicitar la revisión de la legalidad del acto que lo eligió en lo que a su período se refiere. Así las cosas, cualquier persona, incluso el elegido, cuando considere que hay error en un acto electoral, está legitimado para demandar o cuestionar la legalidad de dicho acto.

De conformidad con el Consejo de Estado, la acción de nulidad electoral se tramita y decide a través de un proceso especial cuyo objeto es determinar a la mayor brevedad la legalidad y conformidad con la Constitución de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales; de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden; y de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.

De la naturaleza de esta acción se destaca su carácter público, ya que cualquier persona puede solicitar la nulidad de los actos electorales referidos teniendo en cuenta que quien actúa lo hace en interés general para esclarecer la forma en que se realizó una elección y si la misma observó los lineamientos fijados en la Constitución y la ley.

Así las cosas es viable señalar que por regla general, a los servidores públicos no se les permite ejercer la profesión de la abogacía, así estén debidamente inscritos, salvo cuando la ejerzan en desarrollo de sus funciones o cuando el respectivo contrato se lo permita. También se les prohíbe de manera taxativa 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 a 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.

Para mayor información al respecto, le informo que a través de la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link "Gestor Normativo", podrá consultar más de 3000 conceptos emitidos por la Dirección Jurídica en temas de su competencia.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

MONICA LILIANA HERRERA MEDINA

Asesora con funciones de la Dirección Jurídica

Ernesto Fagua/MLHM/GCJ

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:22:13