



Concepto 156751 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000156751

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000156751

Fecha: 22/04/2023 09:15:03 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Prohibición de ejercer la profesión de abogado. RAD. 20232060219262 del 14 de abril de 2023.

La Procuraduría General de la Nación, mediante su oficio No. S-2023-031187 del 14 de abril de 2023, remitió a esta Dirección su solicitud, mediante la cual consulta lo siguiente:

1) ¿Existe alguna restricción, incompatibilidad o prohibición para que los servidores públicos puedan ejercer el derecho de acceso a información pública y control social (sin mecanismos judiciales que requieran derecho de postulación), como simples ciudadanos y por fuera del horario laboral?

2) ¿Existe alguna restricción, prohibición o incompatibilidad para que un empleado público de profesión abogado pueda presentar demanda de nulidad simple en contra de un acto administrativo de carácter general expedido por la misma entidad donde labora? ¿Puede hacerlo si actúa como simple ciudadano? ¿Si actúa en calidad de apoderado, aunque sea sin

representar intereses de un tercero, no podría hacerlo?

3) ¿Existe alguna restricción, prohibición o incompatibilidad para que un servidor público pueda crear una forma asociativa con fines de control social?

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 1123 de 2007, “Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado”, señala lo siguiente:

“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.”

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. 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.” (Se subraya).

La Corte Constitucional en sentencia C-819 del 13 de octubre de 2010, con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, señaló:

“Este precepto fue impugnado ante la Corte Constitucional por la presunta violación de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo y a la libertad de escoger profesión u oficio. Sin embargo, en la Sentencia C-658 de 1996, esta Corporación declaró exequible la norma luego de constatar que la regulación allí prevista se ajustaba al Estatuto Supremo.

(...)

La Sala abordó luego al examen de la norma acusada, destacando que apunta a la realización de varios intereses y principios de relevancia constitucional relacionados con la transparencia en el ejercicio de la función pública. Seguidamente, concluyó que la incompatibilidad era una regulación razonable y adecuada para la realización de los fines propuestos y que no implicaba la violación de ningún precepto constitucional. Sin embargo, advirtió que esa incompatibilidad no podía ser interpretada de tal manera que impidiera a los servidores públicos presentar las acciones judiciales propias del ejercicio legítimo de sus derechos fundamentales. Sostuvo al respecto:

“9- Por todo lo anterior, la Corte considera que el literal impugnado se ajusta a la Carta. Sin embargo, la Corte aclara que la incompatibilidad establecida por la norma debe ser interpretada de conformidad con la Constitución, y por consiguiente implica la prohibición a los empleados oficiales del ejercicio de la profesión de abogado como tal, pero no significa que estos servidores públicos no puedan efectuar ninguna acción judicial. En efecto, la interposición de algunas acciones judiciales no está reservada a los abogados sino que, conforme a la Carta, son expresión de derechos constitucionales de la persona, cuyo ejercicio no puede ser limitado de manera general a los servidores públicos. Así, en relación con la acción pública de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional ya había señalado:

(...)

El literal acusado será entonces declarado exequible en la parte resolutive de esta sentencia, pero en el entendido de que la incompatibilidad que consagra no puede ser interpretada de tal manera que se excluya a los servidores públicos del ejercicio de aquellas acciones judiciales que no están reservadas a los abogados y que son un desarrollo de los derechos fundamentales de la persona”.

En consecuencia, declaró la exequibilidad de la norma, con el condicionamiento anotado respecto del ejercicio de acciones para las cuales no se requiere la intervención de abogado.

(...)

6.1.7. Por las razones anteriormente expuestas, la Corte declarará exequible el precepto acusado, pero limitará su alcance a los cargos examinados en la presente sentencia, advirtiendo que la incompatibilidad anotada no puede ser interpretada como una prohibición a los servidores públicos para presentar acciones judiciales que no requieren la asistencia de un abogado o que en general corresponden al ejercicio de los derechos de las personas.” (Se subraya).

De acuerdo con la jurisprudencia citada, advirtiendo que la incompatibilidad anotada no puede ser interpretada como una prohibición a los servidores públicos para presentar acciones judiciales que no requieren la asistencia de un abogado o que en general corresponden al ejercicio de los derechos de las personas.

Ahora bien, la Ley Estatutaria 1757 de 2015, “*Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática*”, sobre el Control Social, determina:

“ARTÍCULO 60. *Control Social a lo público.* El control social es el derecho y el deber de los ciudadanos a participar de manera individual o a través de sus organizaciones, redes sociales e instituciones, en la vigilancia de la gestión pública y sus resultados.

Quienes ejerzan control social podrán realizar alianzas con Organizaciones No Gubernamentales, fundaciones, universidades, gremios empresariales, medios de comunicación y entidades afines para fortalecer su ejercicio, darle continuidad y obtener apoyo financiero, operativo y logístico.

De igual manera, podrán coordinar su labor con otras instancias de participación a fin de intercambiar experiencias y sistemas de información, definir estrategias conjuntas de actuación y constituir grupos de apoyo especializado en aspectos jurídicos, administrativos, y financieros.

PARÁGRAFO . Los estudiantes de secundaria de último grado, universitarios, carreras técnicas o tecnológicas, para optar por el respectivo título, podrán, opcionalmente desarrollar sus prácticas, pasantías o trabajo social, con las organizaciones de la sociedad civil que realicen control social. De igual forma, podrán adelantar sus prácticas con las organizaciones de control social quienes aspiren a ser auxiliares de la justicia. ” (Se subraya).

“ARTÍCULO 61. *Objeto del Control Social.* El control social tiene por objeto el seguimiento y evaluación de las políticas públicas y a la gestión desarrollada por las autoridades públicas y por los particulares que ejerzan funciones públicas. La ciudadanía, de manera individual o por intermedio de organizaciones constituidas para tal fin, podrá desarrollar el control social a las políticas públicas y a la equitativa, eficaz, eficiente y transparente prestación de los servicios públicos de acuerdo con lo establecido en la regulación aplicable y correcta utilización de los recursos y bienes públicos.

En materia de servicios públicos domiciliarios el control social se sujetará al régimen contenido en la Ley 142 de 1994 y las normas que la complementen, adicionen y/o modifiquen.

ARTÍCULO 62. *Alcance del Control Social.* Quien desarrolle control social podrá:

a). Solicitar la información pública que se requiera para el desarrollo de su labor, en los términos del Código de Procedimiento Administrativo y

de lo Contencioso Administrativo;

b). Presentar observaciones de la labor desarrollada al ente encargado de la política pública; c). Presentar peticiones, denuncias, quejas y reclamos ante las autoridades competentes. d). Presentar acciones populares en los términos de la Ley 472 de 1998;

e). Presentar acciones de cumplimiento en los términos de la Ley 393 de 1997;

f). Presentar Acciones de Tutela en los términos del Decreto número 2591 de 1991;

g). Participar en Audiencias Públicas ante los entes que las convoquen;

h). Hacer uso de los recursos y acciones legales que se requieran para el desarrollo del control social.

ARTÍCULO 63. Modalidades de Control Social. Se puede desarrollar el control social a través de veedurías ciudadanas, las Juntas de vigilancia, los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios, las auditorías ciudadanas y las instancias de participación ciudadana, en los términos de las leyes que las regulan, y a través del ejercicio de los derechos constitucionales dirigidos a hacer control a la gestión pública y sus resultados. En materia de servicios públicos domiciliarios, el control social se sujetará a las normas especiales contenidas en la Ley 142 de 1994.”

Según los citados artículos, el Control Social a lo público social es el derecho de los ciudadanos para participar de la gestión pública y sus resultados mediante veedurías ciudadanas, Juntas de vigilancia, Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios, las auditorías ciudadanas y las instancias de participación ciudadana, en los términos que determine la ley, y a través del ejercicio de los derechos constitucionales dirigidos a hacer control a la gestión pública y sus resultados.

De otra parte, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sobre el medio de control de Nulidad

“**ARTÍCULO 135. Nulidad por inconstitucionalidad.** Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución.

También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO. El Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional. Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales.

ARTÍCULO 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

(...)”

Conforme a los precitados artículos, los medios de control de Nulidad por inconstitucionalidad y Nulidad, pueden ser interpuestos por toda persona por sí misma, vale decir, sin la necesidad de actuar mediante un profesional de derecho.

De la jurisprudencia y los textos legales citados, podemos extractar las siguientes premisas:

En términos generales, los abogados que tienen la calidad de servidores públicos, no pueden ejercer su profesión, salvo en las excepciones legales.

La incompatibilidad anotada no puede ser interpretada como una prohibición a los servidores públicos para presentar acciones judiciales que no requieren la asistencia de un abogado o que en general corresponden al ejercicio de los derechos de las personas.

El Control Social a lo público social es el derecho de los ciudadanos para participar de la gestión pública y sus resultados, para lo cual se utilizan diferentes modalidades.

Los medios de control de Nulidad por inconstitucionalidad y de Nulidad, pueden ser presentados por cualquier persona, sin que sea indispensable interponerlas mediante abogado.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

1) Los abogados que tienen la calidad de servidores públicos, pueden ejercer el derecho de acceso a información pública y control social por cuanto actúan como simples ciudadanos. No sobra señalar, que estas actividades deben realizarse fuera del horario laboral.

2) El medio de control de Nulidad simple, puede ser presentado por un empleado público de profesión abogado, pero en su calidad de ciudadano. En el proceso, no podrá actuar como apoderado de otro ciudadano, pues en este caso estaría actuando ya no como simple ciudadano, sino que estaría representando el interés de otra persona demandante, como su abogado.

3) En ejercicio del Control Social, un servidor público pueda crear una forma asociativa con fines de control social como las indicadas en la norma: alianzas con Organizaciones No Gubernamentales, fundaciones, universidades, gremios empresariales, medios de comunicación y entidades afines para fortalecer su ejercicio, darle continuidad y obtener apoyo financiero, operativo y logístico. No obstante, deberá tener en consideración que existen otras prohibiciones que pesan sobre los servidores públicos, que no pueden transgredirse en aras del ejercicio de Control Social, como sería la prohibición de contratar con entidades públicas y percibir más de una asignación proveniente del tesoro público.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo":

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó y aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2023-08-14 14:16:38