Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 167621

Fecha: 12/05/2021

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Empleado Público. Servidor Público. Personero Municipal suspendido en el ejercicio de la profesión de abogado. **RAD.: 20219000418132 del 6 de mayo de 2021.**

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta acerca de las consecuencias de imposición de una sanción de suspensión en el ejercicio de la profesión como abogado a quien ejerce como Personero Municipal, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

La Ley 1123 de 2007[1] dispone:

"ARTÍCULO 19. *Destinatarios. Son destinatarios de este código los abogados en ejercicio de su profesión que cumplan con la misión de asesorar, patrocinar y asistir a las personas naturales o jurídicas, tanto de derecho privado como de derecho público, en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas así se encuentren excluidos o suspendidos del ejercicio de la profesión y quienes actúen con licencia provisional.*

-

Se entienden cobijados bajo este régimen los abogados que desempeñen funciones públicas relacionadas con dicho ejercicio, así como los curadores ad litem. Igualmente, lo serán los abogados que en representación de una firma o asociación de abogados suscriban contratos de prestación de servicios profesionales a cualquier título."

"ARTÍCULO 29. *Incompatibilidades. No pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos:*

(…)

4. Los abogados suspendidos o excluidos de la profesión.

(…)"

"ARTÍCULO 40. **SANCIONES DISCIPLINARIAS.** *El abogado que incurra en cualquiera de las faltas reseñadas en el título precedente será sancionado con censura, multa, suspensión o exclusión del ejercicio de la profesión, las cuales se impondrán atendiendo los criterios de graduación establecidos en este código".*

"ARTÍCULO 43. **SUSPENSIÓN.** *Consiste en la prohibición de ejercer la profesión por el término señalado en el fallo. Esta sanción oscilará entre dos (2) meses y (3) tres años.*

PARÁGRAFO. *La suspensión oscilará entre seis (6) meses y cinco (5) años, cuando los hechos que originen la imposición de la sanción tengan lugar en actuaciones judiciales del abogado que se desempeñe o se haya desempeñado como apoderado o contraparte de una entidad pública."*

Conforme lo dispone la normatividad antes señalada, incurre en causal de incompatibilidad para ejercer la profesión de abogado, quien haya sido suspendido del ejercicio de la profesión.

La sanción que consiste en la prohibición de ejercer la profesión por el término señalado en el fallo, la cual oscila entre dos (2) meses y (3) tres años; o entre seis (6) meses y cinco (5) años, cuando los hechos que originen la imposición de la sanción tengan lugar en actuaciones judiciales del abogado que se desempeñe o se haya desempeñado como apoderado o contraparte de una entidad pública.

Para el caso concreto, es necesario realizar un análisis de las normas que deben tener en cuenta las entidades públicas cuando después de posesionar a una persona como servidor público sobreviene una inhabilidad.

Sobre el particular establece la Ley 190 de 1995[2], establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 6. *En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.*

Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto final a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar." ***(Inciso 2o. declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-038-96 de 5 de febrero de 1996, 'pero únicamente bajo el entendido de que la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes no se hayan generado por dolo o culpa imputables al nombrado o al funcionario público a los que se refiere dicho precepto'. Magistrado Ponente, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.)***

Al respecto, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-038 de 1996, determinó:

"Efecto de las incompatibilidades o inhabilidades sobrevinientes

6. El Artículo 6 de la Ley 190 de 1995, tras ordenar al servidor público informar de inmediato sobre la ocurrencia de inhabilidades o incompatibilidades sobrevenidas con posterioridad al acto de nombramiento o posesión, prescribe que "si dentro de los tres meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dió origen a la inhabilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar".

Según el demandante, la Ley concede un tratamiento semejante a dos grupos de personas que en aras del principio de igualdad ha debido diferenciar: funcionarios en quienes no concurren causales de inhabilidad e incompatibilidad y, de otro lado, funcionarios en quienes éstas se configuran. El Procurador solicita la inexequibilidad de la norma, ya que los fines constitucionales de la función pública, garantizados con el régimen de incompatibilidades e inhabilidades, se dejan de observar como consecuencia de la prolongación por un término de tres meses de las situaciones irregulares. El Fiscal General de la Nación, por su parte, defiende la exequibilidad de la disposición, toda vez que en el indicado término la administración puede establecer la verificación de la respectiva causal o el funcionario afectado ponerle fin.

Se pregunta la Corte si los principios de servicio a los intereses generales, igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad (C.P. art. 209), los cuales garantiza un determinado régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, se desconocen si la ley, en lugar de optar por autorizar el retiro inmediato de un funcionario público incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, otorga a éste un plazo de tres meses para poner fin a la situación que les ha dado origen.

7. Dos precisiones deben hacerse antes de ahondar en el análisis. La primera, no cabe plantear una relación de igualdad y, por ende, una vulneración al mismo, si se toman como términos de comparación las personas que no han podido acceder a la administración en razón de una específica inhabilidad que las cobija de un lado y, de otro, las personas nombradas o posesionadas que con posterioridad resultan afectadas por una inhabilidad o incompatibilidad. Se trata de situaciones diferentes y, por consiguiente, su tratamiento legal puede no ser análogo. La segunda, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, por tutelar los principios en los que se inspira la función administrativa, no solamente es un

requisito ex ante, sino también ex post. Con otras palabras, definido el ingreso de una persona a la administración, sigue sujeta al indicado régimen.

8. La Corte considera que es importante efectuar una distinción. Si la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, se originan en causas imputables al dolo o culpa del nombrado o al funcionario, no cabe duda de que la norma examinada es inconstitucional. Los principios en los que se basa la función pública, quedarían sacrificados si no se optara, en este caso, por el retiro inmediato del funcionario o la negativa a posesionarlo.

Si por el contrario, en la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, no se ha incurrido por el dolo o culpa del nombrado o al funcionario, y siempre que éstos en sus actuaciones se ciñan a la ley y eviten los conflictos de interés, puede considerarse razonable que se disponga de un término de tres meses para poner fin a la situación. De esta manera se preserva el derecho al trabajo, su estabilidad, y el acceso al servicio público, sin que por este hecho se coloque a la administración en trance de ver subvertidos sus principios medulares.

En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad del precepto acusado, pero bajo el entendido de que la norma se refiere únicamente al nombrado o al funcionario que no haya dado lugar por su dolo o culpa a la causal de inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes". (Subrayado nuestro).

De acuerdo con la sentencia transcrita, si la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes se originan en causas imputables al dolo o culpa del nombrado o al funcionario, procederá el retiro inmediato del funcionario o la negativa a posesionarlo. Si, por el contrario, en la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, no se ha incurrido por el dolo o culpa del nombrado o al funcionario, y siempre que éstos en sus actuaciones se ciñan a la ley y eviten los conflictos de interés, puede considerarse razonable que se disponga de un término de tres meses para poner fin a la situación. De esta manera se preserva el derecho al trabajo, su estabilidad, y el acceso al servicio público, sin que por este hecho se coloque a la administración en trance de ver subvertidos sus principios medulares.

Por otra parte, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, dispone:

"ARTÍCULO 37. INHABILIDADES SOBREVINIENTES. *Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias".*

"ARTÍCULO 38. OTRAS INHABILIDADES. *También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:*

(…)

3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma." (Subrayado nuestro).

De esta manera, se deduce que no pueden desempeñar cargos públicos, **a partir de la ejecutoria del fallo**, las personas que se encuentren suspendidas en el ejercicio de su profesión.

Por consiguiente, y como quiera que no procede una causal de retiro definitiva del servicio, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que la persona, al haber sido suspendida en el ejercicio de su profesión, no podrá desempeñar cargos públicos, por los términos determinados en el fallo sancionatorio.

Al margen de lo anterior, en caso de que requiera mayor información frente al alcance de la sanción impuesta, deberá remitirse al Consejo Superior de la Judicatura; y en todo caso, atender las cláusulas del fallo sancionatorio proferido.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link /eva/es/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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por la cual se establece el código disciplinario del abogado.

2. **Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.**

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.