

Pereira, 07 de diciembre de 2023

DE: CLAUDIA ANDREA GARCIA MARIN - 1600 Secretaría Jurídica

PARA: NELLY CONSTANZA PATIÑO ANTE - Comisario de Familia



No. 20231207-69563-I

ASUNTO: Respuesta a su oficio de fecha 22 de noviembre de 2023, de radicado interno 20231122-33673-E.

Cordial saludo:

En atención a la petición radicada por la Comisaria de Familia NELLY CONSTANZA PATIÑO ANTE, mediante la cual realiza consulta sobre el régimen de incompatibilidades señalado en la Ley 1123 de 2007 *“Por la cual se establece el código disciplinario del abogado”*, exactamente la causal establecida en numeral 5 del artículo 29, se indica:

La Ley 1123 de 2007, sobre el tema de incompatibilidades instituye:

“Artículo 29. Incompatibilidades. No pueden ejercer la 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 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.

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

3. 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.

4. Los abogados suspendidos o excluidos de la profesión.

5. 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". (Subraya y negrilla fuera de texto)

Respecto a la causal de incompatibilidad que aborda la Comisaria de Familia **NELLY CONSTANZA PATIÑO ANTE**, (numeral 5 del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007) la cual según su petición podría llegar a aplicársele al abogado contratista de la Secretaría privada. Es pertinente traer a colación lo señalado en la sentencia proferida por la COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL, de fecha 01 de marzo de 2023, Magistrado Ponente Dr. MAURICIO FERNANDO RODRÍGUEZ TAMAYO Radicación N.º 680011102000 2018 00899, en la cual se señala:

"De la lectura de la norma, se extraen tres presupuestos en los que puede incurrir el disciplinable: (i) cuando en ejercicio de un cargo público o «funciones oficiales» conoció de un asunto específico y, posteriormente, ejerció actividades profesionales respecto de la misma diligencia; (ii) cuando trabajó en una entidad pública, y dentro del año siguiente a la «dejación del cargo o función» ejerció la profesión ante la misma «dependencia»; y (iii) cuando el profesional del derecho intervino en una actuación específica en ejercicio de un cargo o función pública, y después ejerció actividades profesionales con relación al mismo asunto.

*De los tres presupuestos, nótese que tanto en el primero como en el tercero, el legislador fijó la incompatibilidad del abogado de manera «perpetua» porque, en los casos en los que el disciplinable conoce o interviene en un asunto específico en su condición de servidor público o en ejercicio de funciones públicas, **aquel bajo ninguna circunstancia puede actuar a través de una asesoría, patrocinio, representación o asistencia de una persona natural o jurídica, en lo que concierna estrictamente al asunto específico del que conoció previamente en su condición de servidor público.***

Así, desde las dimensiones del principio de legalidad de lex certa y scripta, el profesional del derecho no podrá actuar en casos específicos en los que intervino o conoció en su condición de servidor público o en ejercicio de funciones públicas.

De ahí que el condicionamiento no es pro tempore, como sí ocurre en la segunda circunstancia, en la cual solo resulta típica la conducta del abogado que ejerce la profesión durante el año siguiente a la dejación del cargo o función pública y ante la misma dependencia en la que laboró, es decir, ante la entidad u organismo con la que lo unía una vinculación laboral.

En este segundo evento contemplado por la norma, a diferencia del primer y tercer supuesto, el solo hecho de ejercer la profesión ante su antiguo empleador configura la incompatibilidad independientemente del asunto de que se trata. En otras palabras, la incompatibilidad se configura de manera general, en este segundo supuesto, en cualquier clase de asunto en el cual el abogado ejerza la profesión ante su otrora empleador.

Hechas las anteriores precisiones, para la Comisión no existe discusión sobre el entendimiento del artículo 29.5 ejusdem cuando el disciplinable ostenta la condición de servidor público o «cargo público»

Lo anterior porque las especies del género servidor público se clasificaron con suficiencia, en atención a los artículos 123 y 235 de la Carta Política, en función de sus características, en: (i) miembros de las corporaciones públicas, (ii) empleados públicos y (iii) trabajadores oficiales.

Ahora bien, de la incompatibilidad bajo estudio, obsérvese que el legislador no recurrió únicamente a un criterio «orgánico» para delimitar cuándo el disciplinable inobserva la norma. Por el contrario, también extendió la aplicación del artículo 29.5 ibidem a los particulares que de manera transitoria o permanente ejercen funciones públicas.

En consecuencia, es a partir de aquel presupuesto material que surge el siguiente problema jurídico: ¿cuándo el disciplinable efectivamente está ejerciendo funciones públicas y, en ese sentido, puede incurrir en la incompatibilidad reseñada?

(...)

En ese sentido, la alta Corporación señaló los eventos en que es posible la asignación de funciones públicas, destacando que las atribuciones no se obtienen por su condición sino por la atribución que le ha sido encomendada. Veamos: Así lo contemplan, entre otras normas, los artículos 2, 116, 123, 131, 221 (1º del Acto Legislativo No. 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318, 340 (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-015 del 23 de enero de 1996) y 365 de la Constitución, que autorizan el ejercicio de funciones públicas por personas particulares, en ciertas situaciones y previos determinados requisitos que la propia Carta o las leyes establecen, o que les permiten participar en actividades de gestión de esa misma índole.

(...)

Seguidamente, la alta Corporación, en sentencia C-037 de 200333, reconoció que el legislador concibió la posibilidad de otorgar funciones públicas a particulares a través de convenios y contratos estatales. Por consiguiente, destacó que, en los casos referidos, la transferencia debía estar precedida de lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley 489 de 1998 en consonancia con el artículo 111 ibidem.

Asimismo, aclaró que la regla general no es que la suscripción de un convenio o contrato estatal estribe en la transferencia de funciones públicas a un particular. En contraposición, únicamente «en determinados casos la ejecución de un contrato implica su ejercicio en cuanto se asuman prerrogativas propias del poder público».

En el mismo proveído, la Corte recogió las directrices fijadas, las cuales son compartidas por la Comisión, para determinar cuándo un particular está ejerciendo funciones públicas. Veamos:

[...] la Corte ha explicado que constitucionalmente es posible encauzar la atribución de funciones administrativas a particulares a través de variados supuestos, entre los que pueden enunciarse:

a) **La atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización de origen privado.** En este supuesto el legislador para cada caso señala las condiciones de ejercicio de la función, lo relativo a los recursos económicos, la necesidad o no de un contrato con la entidad respectiva y el contenido del mismo, su duración, las características y destino de los recursos y bienes que con aquellos se adquieran al final del contrato, los mecanismos de control específico, etc. [...]

b) **La previsión legal, por vía general, de autorización a las entidades o autoridades públicas titulares de las funciones administrativas para atribuir a particulares (personas Jurídicas o personas naturales) mediante convenio, precedido de acto administrativo el directo ejercicio de aquellas;**

[...]

c) **Finalmente en otros supuestos para lograr la colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones y actividades propias de las entidades estatales se acude a la constitución de entidades en cuyo seno concurren aquellos y éstas.** Se trata, especialmente de las llamadas asociaciones y fundaciones de participación mixta acerca de cuya constitucionalidad se ha pronunciado igualmente esta Corporación en varias oportunidades

Ahora bien, precisadas las circunstancias en las que puede existir una verdadera transferencia de funciones públicas, la Comisión pasará a determinar cuándo un particular ejerce funciones públicas a través de un vínculo contractual, para así llegar a censurarse la incompatibilidad prevista en el artículo 29.5 de la Ley 1123 de 2007.

Sobre este particular, en sentencia C-280 de 1996, la Corte entró a revisar específicamente si el sujeto que celebra contratos de prestaciones de servicios profesionales o de servicios

corresponden a un particular que ejerce funciones públicas, y por ende, es sujeto disciplinable.

Al respecto, la alta Corporación indicó que, aunque aquel contratista realizaba una determinada actividad para el Estado, ante la inexistencia de: (i) una subordinación jerárquica y (ii) prerrogativas inherentes al Estado, no estaba ejerciendo funciones públicas. En palabras del juez constitucional:

La situación es diferente en el caso de la persona que realiza una determinada actividad para el Estado a través de un contrato de prestación de servicios personales o de servicio simplemente, pues allí no se presenta la subordinación de una parte frente a la otra, que es un elemento determinante de la calidad de disciplinable como se señaló anteriormente. En efecto, entre el contratista y la administración no hay subordinación jerárquica, sino que éste presta un servicio, de manera autónoma, por lo cual sus obligaciones son aquellas que derivan del contrato y de la ley contractual. Entonces, no son destinatarios del régimen disciplinario las personas que están relacionadas con el Estado por medio de un contrato de prestación de servicios personales, por cuanto se trata de particulares contratistas y no de servidores públicos, por lo cual son contrarias a la Carta las referencias a los contratos de prestación de servicios contenidas en las expresiones acusadas de los artículos 29 y 32 del CDU. Lo anterior no significa que frente a estos contratistas la Administración esté desprovista de instrumentos jurídicos para garantizar el cumplimiento de los objetivos estatales, pues para ello cuenta con las posibilidades que le brinda la ley de contratación administrativa, pero lo que no se ajusta a la Carta es que a estos contratistas se les aplique la ley disciplinaria

Conforme a ello, con efectos erga omnes, y ante el tránsito de cosa juzgada constitucional, la Corte expresó de manera diáfana que los sujetos que celebran contratos de prestación de servicios profesionales o de servicio con una entidad no ejercen funciones públicas, y en ese sentido no son sujetos disciplinables.

En la misma línea, en sentencia C-563 de 1998 —providencia citada por la defensa en el escrito de apelación—, explicó que el presupuesto esencial para definir si un contratista está ejerciendo funciones públicas es si la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación, y en contravía de ello, son desarrollados cometidos estatales a través de la asunción de prerrogativas propias del poder público. Al respecto, se hicieron las siguientes precisiones:

Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su 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.

Lo anterior es evidente, si se observa que el propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados. Por lo tanto, por ejemplo, en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública, su labor que es estrictamente material y no jurídica, se reduce a construir o reparar la obra pública que requiere el ente estatal para el alcanzar los fines que le son propios. Lo mismo puede predicarse, por regla general, cuando se trata de la realización de otros objetos contractuales (suministro de bienes y servicios, compraventa de bienes muebles, etc.).

En las circunstancias descritas, el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones.

Sin embargo, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.

En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador [Negrillas y subrayas fuera de texto].

En las decisiones referidas, la misma Corporación reiteró que para identificar correctamente si a través de la vía contractual se atribuyeron funciones públicas es imperativo verificar si las obligaciones están relacionadas con el ejercicio de atribuciones «que el Estado le permite [al contratista] excepcionalmente desempeñar, lo cual lo coloca en una súper posición respecto de los demás» .

Esa posición privilegiada del contratista particular debe estar necesariamente asociada al ejercicio de actos propios de una autoridad estatal como podría ser, por ejemplo, la facultad para tramitar actuaciones administrativas, ejercer la

vigilancia de los contratos de los contratos estatales –actividad típicamente estatal – o de administrar o recaudar bienes o caudales públicos, cuando precisó que «[l]a función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado».

Ahora bien, a partir de las normas constitucionales, legales y la jurisprudencia referida, la doctrina reiteró que «sólo existen dos instrumentos jurídicos para habilitar a un particular para desarrollar tales funciones oficiales, esto es, o la ley o el convenio en los términos de la Ley 489 de 1998. Por fuera de esos dos casos, resulta imposible predicar el ejercicio de tales funciones en manos de los particulares, pues se trata de una materia reservada a la ley» (...)

De lo anterior se colige que, para que se pueda dar aplicación a la incompatibilidad señala en el numeral 5 del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, se deben tener en cuenta lo siguiente i) debe existir una subordinación entre el abogado y la entidad para la cual labora ii) que al abogado se le haya dado prerrogativas o atribuciones inherentes al Estado iii) que mediante un acto administrativo previo se le hubieren otorgado expresamente funciones públicas al profesional del derecho iv) que las obligaciones específicas del contratista no se agoten con la simple ejecución material de la labor o prestación pactadas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos v) que en desarrollo del cargo público o función oficial hubiere previamente conocido o intervenido en el asunto.

En vista de lo cual y según lo allegado por la Comisaria de Familia NELLY CONSTANZA PATIÑO ANTE, no se encuentran documentos que den cuenta de alguno de los presupuestos antes enunciados.

Atentamente



CLAUDIA ANDREA GARCIA MARIN
Secretaria Juridica (E)

Revisó ANDRES LEONIDAS GUEVARA ARCILA - Director(a) Operativo(a) de Asuntos Legales

Proyectó: ROSA MARCELA GALARZA MUÑOZ - 1610 Dirección de Asuntos Legales