



Concepto 377281 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000377281

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000377281

Fecha: 19/10/2021 08:16:53 a.m.

Bogotá D.C.

REF: SERVIDOR PÚBLICO. Figura del "Gestor Social". RAD. 20212060621432 del 13 de septiembre de 2021.

En la comunicación de la referencia, informa que en el municipio funge como secretario jurídico, quien es hijo de la gestora social del municipio que, a su vez es hermana de la esposa del alcalde. Con base en la información precedente, consulta si nombrar a madre e hijo en la misma alcaldía es permitido por ley o si habrá alguna falta disciplinaria de parte del señor alcalde que nombra a madre e hijo en la misma alcaldía de Corozal, o alguna incompatibilidad.

Sobre la inquietud planteada, me permito manifestarle lo siguiente:

La Constitución Política de Colombia, señala en su Artículo 122:

ARTÍCULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

(...)."

Del texto constitucional expuesto se entiende que cada entidad debe contar con una planta de personal, (Artículos 189, numeral 14, 305 numeral 7 y 315 numeral 7 de la Constitución) y cada uno de los empleos contenidos en ella debe contar con funciones y requisitos generales. Adicionalmente, cada entidad contará con su propio manual específico de funciones y requisitos. Los emolumentos de los empleos deben constar en el presupuesto correspondiente a cada entidad.

Por su parte, el Artículo 2º del Decreto 770 de 2005, define el empleo como "*el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.*"

Además, consagra la norma que las competencias laborales, las funciones y los requisitos específicos serán fijados por los respectivos organismos o entidades, atendiendo a los establecidos por el Gobierno Nacional, en los términos del Artículo quinto del mencionado decreto, con excepción de los empleos cuyas funciones y requisitos estén señalados en la Constitución Política o en la ley.

Una vez revisadas las normas sobre administración de personal no se encontró disposición alguna que regule el cargo, funciones, calidades, o régimen de inhabilidades e incompatibilidades de un empleo denominado "Gestor Social".

Ahora bien, en el año 2003, mediante el Decreto 519 se crea la Consejería Presidencial de Programas Especiales con la finalidad de apoyar al Gobierno Nacional en sus objetivos y la Red de Gestores Sociales se incorpora como uno de sus programas, enmarcado en el área de movilización social y participación comunitaria.

A partir de ese año se amplió el objetivo de la Red de Gestores Sociales al logro de una articulación de las instituciones locales y la Sociedad Civil, con el convencimiento de que la labor de la Red tiene que ver con la coordinación, gestión, cooperación, convocatoria, socialización y divulgación de la oferta social con que cuenta nuestro país.

Hay que tener claro que ésta figura es una estrategia nacional de trabajo colectivo, que busca articular, apoyar y coordinar el trabajo que los

cónyuges de los gobernantes de todos los departamentos y municipios del país realizan como gestores y líderes de procesos sociales.

Sobre el particular, la Corte Constitucional declaró inexequible el texto subrayado mediante la Sentencia C-537 del 18 de noviembre de 1993, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, en la que indicó lo siguiente:

"La condición de "cónyuge del Presidente de la República" nada dice acerca de la calificación profesional, ocupacional o académica de la cual dicho sujeto pueda derivar la aptitud e idoneidad requeridas para desempeñarse como miembro de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, toda vez que por razones obvias, el estado civil no es condición que redunde en el eficiente desempeño de un cargo o función pública.

Por ello, tal requisito resulta a todas luces extraño en un sistema institucionalizado y despersonalizado de acceso y permanencia en la función pública. No se olvide que la función administrativa -conforme lo proclama el Artículo 209 de la Constitución Política de 1991- "está al servicio de los intereses generales" y se desarrolla exclusivamente con fundamento en *los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad*.

Tan categóricos postulados obligan a que las condiciones de acceso y permanencia en la función pública sólo puedan basarse en criterios objetivos, determinados por la naturaleza misma de las funciones y responsabilidades propias del cargo o empleo y de la investidura respectivas. No se olvide que en dicho régimen la razón de ser de tales requisitos es la de asegurar en los candidatos la formación, experiencia, méritos, calidades y aptitudes requeridos para que las cumplan con probidad y eficiencia.

Así las cosas, aun cuando esta Corte reconoce que dentro del ámbito de libertad del legislador se comprende el establecimiento de los requisitos -genéricos y específicos- para el ejercicio de cargos o funciones públicas, tal facultad debe realizarla con estricta sujeción a los mandatos constitucionales que lo obligan a no condicionar -hasta el punto de hacer impracticable- el ejercicio de derechos fundamentales que, como la igualdad, la dignidad, y el ejercicio de funciones y de cargos públicos, son base estructural del orden constitucional pues, estos le vedan la posibilidad de establecer requisitos que los condicionen más allá de lo razonable, o de crear condiciones que impliquen de manera injustificada, el acceso desigual a su ejercicio.

Por ello, en el análisis de este cargo, encuentra la Corte que hay una clara violación de los derechos constitucionales de igualdad y de acceso al ejercicio de funciones públicas consagrados, respectivamente, en los Artículos 13 y 40-7 de la Carta vigente, al discriminar injustificadamente las condiciones necesarias para aspirar a ejercer la Presidencia de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-. Por lo cual se impone declarar la norma examinada contraria a sus mandatos, y, en consecuencia, inexequible.

Este pronunciamiento no debe entenderse en modo alguno, como un cuestionamiento de las calidades o virtudes personales de quienes, por razones circunstanciales, hayan ejercido transitoriamente la función examinada, ni de la loable labor realizada por quienes en su condición de esposas de los primeros Mandatarios de la Nación, han tenido oportunidad de presidir la Junta Directiva del I.C.B.F. Unas y otras le merecen a esta Corte toda su admiración y respeto.

Tampoco podría entenderse como su marginamiento de toda actividad pública, lo cual es imposible ya que el rol que le corresponde desempeñar a la Primera Dama de la Nación, por necesidad la obliga a tener figuración como resultado de las funciones que, al lado del Presidente de la República debe cumplir al encarnar simbólicamente la unidad nacional conforme al Artículo 188 de la Constitución Política."

De otro lado, la Corte Constitucional respecto a la "Primera Dama" de la Presidencia de la República, mediante Sentencia C-089 A de 1994, señaló:

"Sea lo primero recordar que esta Corporación declaró la inexequibilidad del Artículo 25 de la ley 7a. de 1979¹, referente a la atribución otorgada a la Primera Dama de la Nación para presidir la junta directiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-. En la referida sentencia, se reafirmó que la Primera Dama de la Nación no ostenta el carácter de servidor público, y, por tanto, solamente puede desempeñar las atribuciones públicas que la ley específicamente le confiera, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 210 de la Carta, que faculta a los particulares para cumplir determinadas funciones administrativas.

Ahora bien, para la Corporación lo dispuesto en el Artículo 6. acusado contradice tanto la jurisprudencia sentada en esta providencia, como los principios constitucionales relacionados con el ejercicio de la función pública, por dos razones:

Primero, porque, se reitera, los servidores públicos únicamente pueden ejercer las funciones que les atribuyen la Constitución y la ley (arts. 60. 121 y 123 C.P.). En consecuencia, resulta extraño que los empleados públicos de una dependencia adscrita al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, tengan como función la de ejercer el apoyo administrativo y la asistencia en las actividades que la primera dama "estime conveniente emprender". Con ello, se está permitiendo que estos servidores ejerzan unas actividades que dependen del libre albedrío de un particular, como lo es la primera dama de la Nación, y que no responden a un principio mínimo de legalidad y competencia, los cuales son presupuesto básico de cualquier administración pública, según lo disponen las normas constitucionales citadas. Adicionalmente, debe establecerse que si realmente es el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República quien está facultado por el Artículo 19 del decreto 1680 para señalar las funciones que deban desarrollar los empleados adscritos al Despacho de la Primera Dama -como lo afirma el impugnante de la demanda-, entonces carece de toda lógica jurídica determinar que será la cónyuge del Presidente de la República quien determine las actividades que esos funcionarios deban desempeñar.

En segundo lugar, si también se ha determinado que los particulares sólo pueden desempeñar las funciones públicas y administrativas que claramente establezca la ley, resulta extraño, entonces, que una norma disponga que un particular que no ostenta cargo público -como es el

caso de la primera dama de la Nación-, en ejercicio de una actividad pública e incluso administrativa, pueda hacer todo lo que "estime conveniente".

La norma acusada facultaría a la Primera Dama -como anteriormente se estableció- para realizar todo aquello que no estuviere prohibido, en vez de ejercer únicamente lo que le está permitido (arts. 60., 121. y 123 C.P.), desconociendo con ello uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho, pues resulta claro que la Primera Dama ni reviste tal carácter de servidor público, ni hace parte del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Por ello, la Corte debe recabar una vez más en la enorme importancia que reviste el hecho de que las atribuciones administrativas, así como las funciones públicas que la ley le otorgue en forma temporal al particular, sean específicas, concretas y determinadas (Arts. 123 y 210), de forma tal que esa persona, al estar investida de la autoridad del Estado, se someta debidamente al denominado "principio de legalidad", ya referido.

Finalmente, debe la Corporación señalar que las anteriores consideraciones no son óbice para que la primera dama de la Nación pueda continuar cumpliendo todas aquellas actividades que normalmente le corresponde en su calidad de cónyuge del Presidente de la República, como son las de colaborar con él en el desempeño de tareas protocolarias, o tener iniciativa en materia de asistencia social, en labores de beneficencia pública, o en actividades análogas, tal como ha sido, por lo demás, una noble tradición en Colombia desde hace largos años, sin que para ello hubiera sido necesario crear una dependencia de orden administrativo, con todo lo que ello implica en cuanto a recursos financieros, materiales y humanos dentro de la Presidencia de la República." (Subrayas fuera del texto)

Más recientemente, en Concepto C.E. 2191 de 2013 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, sobre las limitaciones que puede tener la esposa del Jefe de Estado, se indicó lo siguiente:

"Teniendo entonces presente que la cónyuge del Presidente de la República cuya denominación tradicionalmente ha sido la de "Primera Dama de la Nación" ² no ostenta la calidad de servidor público sino la de una particular frente a la administración pública, no sería posible aplicar por extensión las normas de carácter prohibitivo consagradas en la Constitución Política y en la ley 996 de 2005 para los servidores públicos. En materia de prohibiciones, en sana hermenéutica, rige el principio de interpretación y aplicación restrictiva, en particular respecto de sus destinatarios. En esa medida la cónyuge del Presidente de la República es libre de realizar todo aquello que la Constitución y las leyes no le prohíban (Artículo 6). Obviamente como todos los particulares debe respetar las normas y reglas que rigen la destinación de los bienes públicos que, le hayan sido dispuestos, por tratarse de la cónyuge del Presidente de la República." (Subrayas fuera del texto)

De conformidad con lo anteriormente preceptuado, el Gestor Social no desempeña un cargo público, ni tiene la calidad de servidor público, por ende podrá realizar solamente las atribuciones públicas que la ley específicamente le confiera, es decir actividades que normalmente le corresponden como cónyuge del Presidente de la República, del Alcalde o del Gobernador; tales como colaborar en el desempeño de tareas protocolarias, o tener iniciativa en materia de asistencia social, o en labores de beneficencia pública.

Respecto a la prohibición de los servidores públicos para nombrar, postular o contratar con personas con las cuales tengan parentesco, el Acto Legislativo 02 de 2015, por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones, señala:

"ARTÍCULO 2. El Artículo 126 de la Constitución Política quedará así:

Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

Se exceptúan de lo previsto en este Artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera.

(...)" (Subraya fuera del texto)

De conformidad con la norma constitucional anteriormente citada, la prohibición para el funcionario que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar ni contratar en la entidad que dirige, a personas con las cuales tenga relación de parentesco en los grados señalados en la citada norma constitucional, es decir, hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o relaciones de matrimonio o unión permanente.

Según el Código Civil colombiano, la hermana de la cónyuge del alcalde se encuentra en segundo grado de afinidad y, por tanto, dentro de la prohibición constitucional. Sin embargo, de acuerdo con la información suministrada en la consulta, es investida como "gestora social" del municipio y, como se indicó, esta dignidad no es considerada como empleo público.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica, concluye que la persona que actúa como "Gestor Social Municipal o Departamental" no ejerce funciones públicas pues, como se indicó en el cuerpo del concepto, ni la Constitución ni la Ley han creado un empleo público de tal denominación. Adicionalmente, como establece la Carta, el ingreso al servicio público está basado en el mérito y no en situaciones personales o civiles, como sería el caso, tener una relación conyugal o ser compañero/a permanente de un determinado servidor público. Debe entenderse entonces que no es viable "designar" a un gestor social, pues esta figura no existe en la legislación. Igualmente, al no ser considerado como empleo público, en estricto sentido no le es aplicable el régimen de inhabilidades contenido en la legislación.

Cabe agregar que el Artículo 209 de la Constitución indica que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. En tal virtud, y considerando que la figura del gestor social es meramente protocolaria, la administración deberá decidir sobre su participación con base en los lineamientos expuestos y consagrados en la Carta.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección considera que, aun cuando normalmente la figura del gestor o gestora social, está referida al cónyuge del mandatario territorial (alcalde o gobernador), en el caso consultado fue nominada la cuñada del alcalde. En estricto sentido, la hermana de la esposa del alcalde, está en segundo grado de afinidad con éste, razón por la cual no puede ser designada en ningún empleo del municipio. Sin embargo, como el gestor social no es un empleo público, no se configura ninguna inhabilidad.

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”: <http://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: Harold Herreño

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-12-20 06:39:53