

**Función Pública**

Concepto 189361 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000189361

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000189361

Fecha: 02/04/2024 07:40:15 a.m.

Bogotá D.C

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Gestor Social. RAD: 20249000201092 del 02 de marzo de 2024.

En atención a su escrito de la referencia, remitido a esta dirección en el cual eleva la siguiente consulta “1. *Teniendo en cuenta que el Gestor(a) Social del municipio no tiene sueldo, pregunto: ¿Un concejal puede ser gestor social?* 2. *Una empresa privada suscribió contrato de obra pública con el municipio. Después de suscrito el contrato esta empresa privada contrato al hijo de un concejal del mismo municipio para que ejerza como director de la obra, pregunto: ¿El hijo del concejal está inhabilitado para trabajar con esta empresa privada?* 3. *Para que el municipio pueda dar de baja y posteriormente donar un vehículo a una empresa de servicios públicos, ¿requiere autorización del concejo municipal?*” me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto [430](#) de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos; así mismo, no le corresponde decidir si una persona incurrió o no en causal de inhabilidad, competencias atribuidas a los jueces de la república.

Ahora bien, sobre la Naturaleza Jurídica de “Gestor Social”, la Red de Gestores Sociales fue creada en el año de 1999, como un instrumento para organizar y canalizar el *potencia(sic)* de movilización social y de convocatoria que tienen los cónyuges de los gobernadores nacional, departamentales y municipales, desde su labor de voluntariado, en su papel de gestores de programas sociales que facilitan procesos e impulsar el desarrollo de políticas públicas en beneficio de las poblaciones más vulnerables.

Inicialmente el trabajo se circunscribió a la articulación de la labor de las gestoras departamentales a través de cinco cumbres de Primeras Damas entre los años de 1999 a 2002, y el apoyo técnico a algunos encuentros departamentales impulsados por las gestoras departamentales.

Para 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.

Por su parte, la Corte Constitucional respecto a la “Primera Dama” de la Presidencia de la República, mediante Sentencia [C-089](#) de 1994, señaló:

“Sea lo primero recordar que esta Corporación declaró la inexequibilidad del artículo 25 de la ley 7 de 1979(sic), 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 atribuyan la Constitución y la ley (arts. 6, 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. 6, 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.”

De otro lado, en virtud del 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 indicó:

“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, en virtud de lo dispuesto en el artículo 210 de la Carta, es decir actividades que normalmente le corresponden como cónyuge del Presidente de la República, 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.

Por su parte, la Ley 136 de 1994¹, establece:

“ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán:

- 1. (Artículo 3 de la Ley 177 de 1994 derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000).*
- 2. Ser apoderado ante las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones que más adelante se establecen.*
- 3. Ser miembros de juntas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo.*
- 4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste.*
- 5. Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.*

PARÁGRAFO 1. *Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra (universitaria.)*

PARÁGRAFO 2. *El funcionario público municipal que nombre a un concejal para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta.”*

De acuerdo a lo anterior, frente a su primer interrogante:

1. Teniendo en cuenta que el Gestor(a) Social del municipio no tiene sueldo, pregunto: ¿Un concejal puede ser gestor social?

En razón a lo expuesto anteriormente y a la prohibición contenida en el parágrafo segundo del artículo 45 de la ley 136 de 1994 un concejal no podrá actuar como gestor en nombre propio o de terceros.

Frente al segundo interrogante:

2. Una empresa privada suscribió contrato de obra pública con el municipio. Después de suscrito el contrato esta empresa privada contrato al hijo de un concejal del mismo municipio para que ejerza como director de la obra, pregunto: ¿El hijo del concejal está inhabilitado para trabajar con esta empresa privada?

En cuanto a la inhabilidad por ser pariente de un concejal activo, el artículo 49 de la Ley 617 del 2000, “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”, que incluye la modificación realizada por la Ley 1296 de 2009, señala:

“ARTÍCULO 49. PROHIBICIONES RELATIVAS A CÓNYUGES, COMPAÑEROS PERMANENTES Y PARIENTES DE LOS GOBERNADORES, DIPUTADOS, ALCALDES MUNICIPALES Y DISTRITALES; CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES. Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales. Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

(...)

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

(...)

PARÁGRAFO 3. Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría. Tratándose de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el presente artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.”

De acuerdo con el citado texto legal, y para efectos de la consulta, los parientes de los concejales de cuarta, quinta y sexta categoría que se encuentren hasta el segundo grado de consanguinidad primero de afinidad o único civil estarán inhabilitados para ser contratista del respectivo Municipio.

Ahora bien, de conformidad con lo previsto en los artículos 35 y siguientes del Código Civil, el parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre, mientras que los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones; por su parte, el parentesco por afinidad es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer.

Dicho lo anterior, el grado de parentesco que tienen los padres e hijos es el primer grado de consanguinidad por lo que se estaría dentro de la

prohibición.

el(sic) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, con ponencia del Consejero Martín Bermúdez Muñoz, en sentencia emitida el 5 de octubre de 2020, dentro del expediente con Radicación número: 25000-23-26-000- 2010-00159-01(48293), sobre la contratación por interpuesta persona, señaló lo siguiente:

“13.- El término compuesto al que se hace referencia en la causal de rechazo debía ser entendido en su sentido natural y obvio como lo disponía el pliego de condiciones. Así, el significado que debía darse al mismo no podía ser otro que el de actuar a nombre de otro.

13.1.- La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el contexto de las solicitudes de pérdida de investidura por violación al régimen de incompatibilidades, se ha referido al término compuesto. En sentencia del 12 de abril de 2005, dijo:

13.2.- La Sección Primera del Consejo de Estado también ha señalado que una persona contrata por cuando suscribe un contrato a través de una sociedad o cuando tiene el control de la misma, por ejemplo, cuando es el socio mayoritario. En sentencia del 14 de diciembre de 2004, estableció lo siguiente:

Según el pronunciamiento, una persona contrata por interpuesta persona a través de una sociedad o por intermedio de ella cuando tiene el control de la misma, bien porque sea socio mayoritario o porque controla la sociedad de manera que pueda servirse de ella y hacerla aparecer como contratista ocultando el verdadero contratista.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que el hijo de un concejal podrá suscribir un contrato con la empresa privada, pues es ésta la que actúa como contratista del municipio y, en tal virtud, no se configura la inhabilidad contenida en el artículo 49 de la Ley 617 de 2000.

Frente al tercer interrogante:

3. Para que el municipio pueda dar de baja y posteriormente donar un vehículo a una empresa de servicios públicos, ¿requiere autorización del concejo municipal?

Acorde con las disposiciones del Decreto 430 del 2016 a este Departamento Administrativo le compete formular las políticas generales de administración pública, en especial aquellas materias relacionadas con empleo público, organización administrativa, control interno y racionalización de trámites de la Rama Ejecutiva del poder público, por lo tanto no es competente para pronunciarse frente a su ultimo interrogante.

Finalmente, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link “Gestor Normativo” donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Daniel Herrera Figueroa

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:00:37