



## Concepto 443901 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000443901\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000443901

Fecha: 13/12/2021 08:34:05 p.m.

Bogotá D.C.

REF: SERVIDOR PÚBLICO. Figura del "Gestor Social". RAD. 20212060703972 del 16 de noviembre de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta cuál es la norma que sustenta el concepto del gestor social, por cuanto que el Alcalde públicamente ha pedido se acate las decisiones que tome su hermana, toda vez que él ha delegado varias funciones a su hermana por ser la gestora social del Municipio, 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, la Ley [7](#) de 1979, "Por la cual se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar

*Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones*", consagraba lo siguiente:

"ARTÍCULO 25. La Junta Directiva será presidida por el cónyuge del Presidente de la República, o en su defecto por la persona que el Presidente designe." (Se subraya).

Sin embargo, la Corte Constitucional declaró inexecutable 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, inexecutable.

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 inexecutable del artículo 25 de la ley 7a. de 1979, 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 6o. 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. 6o.

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. 6o., 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)

Adicionalmente, 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" 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 los pronunciamientos citados, 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.

De los pronunciamientos expuestos podemos extractar las siguientes premisas:

La figura del Gestor Social, entendida como el cónyuge de quien ejerce la autoridad política en el nivel territorial, no es un empleo público y, por ende, la norma no le ha asignado a quien tiene esta calidad, funciones específicas.

El Gestor Social, no hace parte de la entidad que regenta su esposo/a o compañero/a permanente, para el caso, el Alcalde Municipal.

Es una figura protocolaria, que permite a los Gestores Sociales colaborar en el desempeño de tareas protocolarias, o tener iniciativa en materia de asistencia social, en labores de beneficencia pública, o en actividades análogas.

Para el caso, el Alcalde, sólo puede hacer lo que la Constitución y la ley le permitan.

Ahora bien, Ley 734 de 2002, "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único", determina lo siguiente:

"ARTÍCULO 35. PROHIBICIONES. A todo servidor público le está prohibido:

(...)

31. Tener a su servicio, en forma estable para las labores propias de su despacho, personas ajenas a la entidad.

(...)." (Se subraya).

Esta prohibición aplica a todo servidor público, calidad de la que goza un alcalde municipal. Así, este burgomaestre no podrá tener a su servicio personas que no tienen la calidad de empleado de la entidad, a personas ajenas a la misma.

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

La persona que actúa como Gestor Social, sea en el nivel Nacional, Municipal o Departamental, no reviste el carácter de servidor público, como se indicó en el cuerpo del concepto, ni la Constitución ni la Ley han creado un empleo público de tal denominación.

El Gestor Social es una figura protocolaria que ha permitido a los cónyuges o compañeros/as permanentes de quienes ejercen la máxima autoridad política en el nivel territorial, colaborar en el desempeño de tareas protocolarias, o tener iniciativa en materia de asistencia social, en labores de beneficencia pública, o en actividades análogas.

El Gestor social no puede ser designado, pues no es un empleo público y la figura aplica a los cónyuges o compañeros/as permanentes de quienes ejercen la máxima autoridad política en el nivel territorial.

No es viable asignar al Gestor Social funciones que corresponden al desempeño de empleos públicos.

En caso que el Alcalde autorice a una persona que no tiene la calidad de servidora pública de la alcaldía, actividades propias de empleos de la misma, podrá ser investigado y eventualmente sancionado con base en lo señalado en el numeral 31 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002.

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": </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: 2024-11-28 09:26:08