



Concepto 225211 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000225211

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000225211

Fecha: 07/06/2023 12:25:48 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Gestora social. Radicado: 20239000284392 del 14 de mayo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita se emita un concepto en respuesta a la siguiente pregunta:

¿Puede un gestor social debidamente nombrado mediante acto administrativo expedido por el representante legal de una entidad territorial, suscribir contratos o tener vínculo ordinario con otras entidades, instituciones o corporaciones de carácter público?

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La Constitución Política en el artículo 123, consagra:

Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

El artículo 128 constitucional, consagra:

Artículo 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

Las excepciones de la disposición constitucional se encuentran consagradas en la Ley 4 de 1992, «Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones», en los siguientes términos:

Artículo 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;

f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;

g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.

Parágrafo. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.

Al respecto, es importante considerar que la Corte Constitucional en Sentencia [C 133](#) de 1993, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, expresa:

Doble asignación y Prohibición

Si bien es cierto que en el artículo 128 C.P. se consagra una incompatibilidad, no lo es menos que ésta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores estatales; basta ver que en ella se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, tanto como recibir más de una asignación que provenga del erario público. El término "asignación" comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc.

Siendo así, bien podía el legislador ordinario establecer dicha incompatibilidad dentro de la citada Ley [4a.](#) de 1992, sin contrariar mandato constitucional alguno. Aún en el remoto caso de que se hubiere concluido que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los funcionarios públicos debía ser regulado por medio de ley ordinaria, el artículo [19](#), objeto de acusación, tampoco sería inconstitucional, por cuanto el legislador estaba perfectamente facultado para hacerlo.

A su vez, la Ley [1952](#) de 2019, «Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley [734](#) de 2002 y algunas disposiciones de la ley [1474](#) de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario», estipula:

ARTÍCULO [39](#). Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

(...)

Desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, las entidades territoriales y las descentralizadas.

(...)

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, la persona que tiene una relación laboral con una entidad del Estado, no puede percibir otra asignación del erario público, a no ser que la misma provenga de las excepciones establecidas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992. De acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional, el término *asignación*

comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro.

Así mismo, es importante tener en cuenta que, de conformidad con la Carta Política y el Estatuto General de Contratación Pública, un servidor público no puede celebrar contratos con el Estado. Es así como el artículo [127](#) de la Carta Política, consagra:

ARTICULO [127](#). Modificado por el art. [1](#), Acto Legislativo 2 de 2004. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales (...).

A su vez, la Ley [80](#) de 1993, «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública», dispone que son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales los servidores públicos (art. [8°](#), literal f)).

Con el fin de establecer si existe inhabilidad para que una empleada pública pueda ser, simultáneamente "primera dama" o "gestora social" ad-honorem en un municipio, es necesario tener en cuenta la naturaleza de la condición de "primera dama" o "gestora social".

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia [C-089](#) de 1994, respecto a la *Primera Dama* de la Presidencia de la República, prevé:

Sea lo primero recordar que esta Corporación declaró la inexecutable 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 60. 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. [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. 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.

De acuerdo con lo anterior, la "primera dama" o "gestora social" de la Nación no ostenta el carácter de servidora pública. No obstante, puede continuar cumpliendo todas aquellas actividades que normalmente le corresponde como son las de 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 1952 de 2012² prevé como uno de los deberes del servidor público: *Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales* (art. 38, numeral 12). Y, como una de las prohibiciones: *Prestar, a título particular, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, hasta por un término de un año después de la dejación del cargo o permitir que ello ocurra* (art. 56 numeral 4).

Adicional a los deberes del servidor público establecidos en la ley disciplinaria, el Decreto Ley 2400 de 1968³ prohíbe a los empleados: *Realizar actividades ajenas al ejercicio de sus funciones durante la jornada de trabajo; abandonar o suspender sus labores sin autorización previa; retardar o negar injustificadamente el despacho de los asuntos o la prestación del servicio a que estén obligados (...)*.

Además, tenga en cuenta, el artículo 49 de la Ley 617 de 2000⁴ sobre las prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes, entre otros, de los alcaldes, estipula:

Artículo 49. 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 y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes 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 1°. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

Parágrafo 2°. Las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios.

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 la anterior norma, es claro que el cónyuge o compañero permanente, los parientes en cuarto grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil de los alcaldes municipales o distritales no podrán ser designados como empleados públicos o contratistas dentro del respectivo municipio. En este orden de ideas, “primera dama” o “gestora social” tiene restringida la vinculación o la suscripción contractual con entidades del municipio donde su cónyuge o compañero permanente ejerce como alcalde.

RESPUESTA A LA PREGUNTA OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en la normativa y jurisprudencia, la “primera dama” o “gestora social” al no tener la calidad de servidora pública puede vincularse como empleada o contratista; en tanto, no sea en el municipio donde su cónyuge o compañero permanente es alcalde por expresa prohibición del artículo 49 de la Ley 617 de 2000.

Además, tenga en cuenta que en su ejercicio como “gestora social” puede realizarse de manera simultánea al tiempo que ejerce su empleo y/o su contrato. De ser nombrada en un cargo público, si bien, puede continuar con su labor ad-honorem en el municipio, al ejercer un empleo se le impone el deber de cumplir tanto con la jornada laboral como con las funciones propias del cargo.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo Ley 1437 de 2011.

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 botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán

Revisó y aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-537/93 del 18 de noviembre de 1993. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

2«Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario»

3«Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones».

4«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».

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:49:26