



Concepto 042301 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000042301

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000042301

Fecha: 25/01/2024 10:12:11 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Pariente de Alcalde. Inhabilidad para que pariente de alcalde sea gestor social. RAD. 20239001125872 del 19 de diciembre de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia mediante la cual consulta si se encuentra inhabilitada para ser gestor social del municipio los padres del alcalde del municipio, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Al respecto, el artículo 126 de la Constitución Política de Colombia establece frente a una de las prohibiciones de los servidores públicos, lo siguiente:

«ARTICULO 126. Modificado por el art. 2, Acto Legislativo 02 de 2015. El nuevo texto es el siguiente: 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.» (Subrayado y Negrilla Nuestro).

De conformidad con la norma constitucional citada se deduce que la prohibición para el funcionario que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tenga parentesco en los grados señalados en la citada norma constitucional, es decir hasta el cuarto grado de consanguinidad (padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, primos y sobrinos), segundo de afinidad (suegros, nueras, yernos y cuñados) o primero civil (hijos adoptivos y padres adoptantes); o relaciones de matrimonio o unión permanente. Tampoco podrá nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales a personas vinculadas por los mismos lazos con el servidor público competente para intervenir en la vinculación del nominador. Esta prohibición tiene como única excepción los nombramientos que se hagan en la aplicación a las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por concurso.

En ese sentido, esta Dirección Jurídica considera que el nominador de una entidad pública no puede nombrar, postular o contratar personas con las cuales tenga parentesco (en los grados señalados) en la entidad donde ejerce su función nominadora. Tampoco podrá 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, puesto que se configuraría la inhabilidad prevista en el artículo 126 Constitucional.

De acuerdo con lo establecido en el Código Civil, el parentesco que existe entre padre e hijo, es de primer grado de consanguinidad.

Así las cosas, como quiera que la prohibición se encamina a restringir a que quien tenga la función nominadora en una entidad, nombre o contrate a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o a su cónyuge o compañero (a) permanente, se tiene entonces que, en una Alcaldía quien ejerce esta función nominadora es el alcalde.

Por otro lado, en cuanto a 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 potencial 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 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)

De acuerdo con lo anterior, la “primera dama” o “gestora social” de la Nación no ostenta el carácter de servidor público, 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, sin que para ello hubiera sea necesario crear una dependencia de orden administrativo, con todo lo que ello implica en cuanto a recursos financieros, materiales y humanos.

Por consiguiente, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que, el rol de primera dama o gestora social debe enmarcarse en las actividades arriba señaladas por la Corte Constitucional, sin que sea procedente el ejercicio de empleos públicos, en razón a que esa no es la naturaleza de tal dignidad.

Finalmente, y en atención puntual de su interrogante, se considera procedente tener en cuenta que, la red de gestores sociales es coordinada por la Presidencia de la República, considerada como una estrategia 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, por lo que no se trata de la creación de un empleo público, ni de la participación de parientes de los alcaldes, por lo que, en criterio de esta Dirección Jurídica, no es viable que los padres de un alcalde ejerzan actividades como gestores sociales en el municipio.

Por último con relación a la posibilidad de darle viáticos a los gestores sociales, el artículo 9 del Decreto 896 de 2023, "*Por el cual se fijan los límites máximos salariales de los Gobernadores, Alcaldes y empleados públicos de las entidades territoriales y se dictan disposiciones en materia prestacional*", establece que: "el valor y las condiciones para el otorgamiento de los viáticos para los empleados públicos de las entidades territoriales corresponderán a lo establecido por el Gobierno Nacional para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional". (Subraya y negrilla propia).

Por tanto, sólo quienes ostenten la calidad de empleados públicos pueden ser acreedores de viáticos, esto quiere decir, que una Alcaldía Municipal no puede reconocer viáticos a los gestores sociales.

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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:13:41