



Concepto 045551 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000045551

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000045551

Fecha: 09/02/2021 04:18:46 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. EMPLEO. Provisión temporal empleo de Comisario de Familia por vacaciones del titular. PRESTACIONES SOCIALES. Compensación de vacaciones. RADICACION. 20219000062322 de fecha 05 de febrero de 2021 y 20212060063712 de fecha 08 de febrero de 2021.

Me refiero a la comunicación de la referencia, mediante la cual solicita conocer como se debe proceder durante la vacancia temporal por vacaciones del comisario de familia de un municipio, me permito informarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar, que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

En relación con el empleo de comisario de familia, la Ley 1098 de 2006 señala en relación con los requisitos para el ejercicio del empleo como comisario (a) de familia lo siguiente:

"ARTÍCULO 80. Calidades para ser Defensor de Familia. Para ser Defensor de Familia se requieren las siguientes calidades:

1. Ser abogado en ejercicio y con tarjeta profesional vigente.
2. No tener antecedentes penales ni disciplinarios.

3. Acreditar título de posgrado en Derecho de Familia, Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Procesal, Derechos Humanos, o en Ciencias Sociales siempre y cuando en este último caso el estudio de la familia sea un componente curricular del programa.(NOTA: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-149 de 2009, siempre que se entienda que para el cumplimiento del requisito se pueden acreditar también otros títulos de postgrado que resulten afines con los citados y que guarden relación directa, clara e inequívoca con las funciones asignadas al defensor de familia, conforme a los artículos 81 y 82 de la misma ley.)

ARTÍCULO 85. Calidades para ser comisario de familia. Para ser comisario de Familia se requieren las mismas calidades que para ser Defensor de Familia. (Negrita y subrayado fuera del texto)"

De acuerdo con lo expuesto, podemos concluir que para el ejercicio del cargo como comisario de familia, se requiere ser abogado en ejercicio y con tarjeta profesional vigente, no presentar antecedentes penales ni disciplinarios, y acreditar título de posgrado en Derecho de Familia, Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Procesal, Derechos Humanos, o en Ciencias Sociales siempre y cuando en este último caso el estudio de la familia sea un componente curricular del programa o cualquier otro que tenga relación con las funciones del cargo.

Respecto de la naturaleza jurídica del empleo de comisario de familia, la Ley 575 de 2000³, establece:

"ARTÍCULO 13. El artículo 30 de la Ley 294 de 1996 quedará así:

ARTÍCULO 30. Los municipios que no hayan dado cumplimiento a lo previsto en el artículo 295 del Código del Menor, dispondrán de un año, contado a partir de la fecha de vigencia de la presente ley, para crear y poner en funcionamiento por lo menos una Comisaría de Familia que cuente con el equipo interdisciplinario del que habla el artículo 295, inciso 2º, del Código del Menor.

PARÁGRAFO. A partir de la vigencia de esta ley los Comisarios de Familia serán funcionarios de Carrera Administrativa."

De acuerdo a la normativa transcrita, los comisarios de familia son empleos públicos de carrera administrativa, en consecuencia, su vinculación deberá efectuarse por medio de concurso de méritos y la superación del correspondiente período de prueba

Ahora bien, en el caso de presentarse vacancias temporales o definitivas en empleos de carrera administrativa, el artículo 25 de la Ley 909 de 2004:

"ARTÍCULO 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera."

Adicionalmente el Decreto 1083 de 2015 dispone:

"ARTÍCULO 2.2.5.2.2 Vacancia temporal. El empleo queda vacante temporalmente cuando su titular se encuentre en una de las siguientes situaciones:

1. Vacaciones.

2. Licencia.

3. Permiso remunerado

4. Comisión, salvo en la de servicios al interior.

5. Encargado, separándose de las funciones del empleo del cual es titular.

6. Suspendido en el ejercicio del cargo por decisión disciplinaria, fiscal o judicial.

7. Período de prueba en otro empleo de carrera."

ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de las vacancias temporales. Las vacantes temporales en empleos de libre nombramiento y remoción podrán ser provistas mediante la figura del encargo, el cual deberá recaer en empleados de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes temporales en empleos de carrera, podrán ser provistas mediante nombramiento provisional, cuando no fuere posible proveerlas mediante encargo con empleados de carrera.

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente título, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

PARÁGRAFO . Los encargos o nombramientos que se realicen en vacancias temporales, se efectuarán por el tiempo que dure la misma”
(Subrayado fuera del texto)

Conforme a la normatividad anteriormente descrita, el empleo que se encuentra en vacancia temporal, podrá ser proveído mediante encargo con empleados de carrera de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1º de la Ley 1960 de 2019, y en el caso de no existir empleados de carrera que puedan ser encargados, podrá ser proveerse mediante nombramiento provisional.

Sobre la vinculación de supernumerarios es oportuno señalar que al revisar la decisión contenida en la Sentencia C-422 de 2012 emanada de la Corte Constitucional, se encuentra que la misma señala en su parte resolutiva que en virtud de la inclusión del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, se ha producido una derogatoria tácita del inciso segundo del artículo 83 del Decreto 1042 de 1978², dejando indemne el resto del artículo.

Así las cosas, como quiera que el inciso primero del artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, conserva su vigencia, es posible la vinculación de supernumerarios en los eventos contemplados en él; es decir, para cubrir vacantes temporales en virtud del reconocimiento y disfrute de vacaciones por parte de personal de planta de las entidades y en el evento de licencias de los mismos.

De acuerdo con lo anterior y atendiendo las Sentencias C-401 de 1998 y C-422 de 2012, el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, queda de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 83º.- De los supernumerarios. Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario.

(Inciso segundo derogado tácitamente por el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, sentencia C422 de 2012, Magistrado Ponente Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.)

(Inciso 30. declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-401-98 de 1998 del 19 de agosto de 1998, Magistrado

Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.)

La remuneración de los supernumerarios se fijará de acuerdo con las escalas de remuneración establecidas en el presente Decreto, según las funciones que deban desarrollarse.

Cuando la vinculación de personal supernumerario no exceda el término de tres meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales. Sin embargo, las entidades deberán suministrar al personal supernumerario atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo.

(Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-401-98 de 1998 del 19 de agosto de 1998, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Aparte tachado y con negrita derogado tácitamente por el Artículo 161 de la Ley 100 de 1993.)

La vinculación de supernumerarios se hará mediante resolución administrativa, en la cual deberá constar expresamente el término durante el cual se prestarán los servicios y la asignación mensual que vaya a pagarse."

En los términos del artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, la figura de los supernumerarios está prevista para suplir vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, caso en el cual su vinculación se hará mediante resolución administrativa, en la cual deberá constar expresamente el término durante el cual se prestarán los servicios y la asignación mensual que vaya a pagarse, que se fijará de acuerdo con las escalas de remuneración establecidas para el correspondiente empleo.

Es oportuno hacer claridad en que si bien el supernumerario no es un empleado público, sino un auxiliar de la administración que se vincula de manera transitoria, debe cumplir con el perfil y los requisitos necesarios para el ejercicio del cargo objeto de la vacancia temporal, de conformidad con las normas legales vigentes que rigen la materia, contenidas en la Ley 909 y los Decretos 770 de 2005 aplicable a las entidades del orden nacional y 785 de 2005, para las entidades del nivel territorial.

Conforme a la normativa anteriormente descrita y para dar respuesta a su primer interrogante, esta Dirección Jurídica considera que, en caso de presentarse una vacancia temporal en el empleo de Comisario de Familia, la entidad deberá proceder a la aplicación del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1 de la ley 1960 de 2019, lo que quiere decir que solo podrá proveerse el empleo por medio de la figura de encargo con empleados de carrera y en el caso de no existir empleados de carrera que puedan ser encargados, podrá proveerse mediante nombramiento provisional, siempre que se cumplan con los requisitos señalados en la Ley y en el Manual Específico de Funciones para el empleo de comisario de familia. Así mismo, podrá efectuarse la vinculación de un supernumerario, conforme la jurisprudencia que se ha dejado indicada.

En relación a su segundo interrogante respecto a la compensación de las vacaciones, el Decreto Ley 1045 de 1978 establece lo siguiente

"ARTÍCULO 20 - de la compensación de vacaciones en dinero. - Las vacaciones sólo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:

a.- *Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual sólo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año.*

b.- *Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces.*" (Subrayado fuera del texto)"

Por tanto, se tiene que por regla general los empleados tienen derecho a disfrutar de sus vacaciones por 15 días una vez al año. Sin embargo, excepcionalmente las vacaciones se pueden compensar en dinero por necesidades del servicio a juicio del empleador, o cuando el empleado se retire del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas. Pese a lo anterior, el empleado no puede a su juicio solicitar la

compensación, sino que por estamento legal es una potestad que depende únicamente del empleador, de acuerdo a las necesidades del servicio.

Sobre la compensación de vacaciones, la Corte Constitucional en sentencia **C-598** de 1997 afirmó: “*Las vacaciones constituyen un derecho del que gozan todos los trabajadores, como quiera que el reposo es una condición mínima que ofrece la posibilidad de que el empleado renueve la fuerza y la dedicación para el desarrollo de sus actividades. Las vacaciones no son entonces un sobre sueldo sino un derecho a un descanso remunerado. Por ello, la compensación en dinero de las vacaciones está prohibida, salvo en los casos taxativamente señalados en la ley, puesto que la finalidad es que el trabajador efectivamente descance. Una de las situaciones de excepción es en caso de que los trabajadores se desvinculen del servicio, y no hayan gozado de su derecho al descanso remunerado, pueden recibir una indemnización monetaria.*” (Negrilla y Subrayado fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, se reitera que cuando el empleado se encuentra vinculado a la Administración, la compensación de las vacaciones sólo procede cuando el jefe del respectivo organismo, así lo considere necesario para evitar perjuicios en la prestación del servicio, evento en el cual sólo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes una vez al año por cada periodo. Por lo tanto, no es el empleado público quien determina si procede o no la compensación de las vacaciones, sino el jefe de la organización de quién depende.

De las normas y la jurisprudencia anteriormente citadas y atendiendo su segundo interrogante, se colige que una vez el empleado haya cumplido un año de servicio tiene el derecho a disfrutar de sus vacaciones, no obstante, por razones de necesidad en el servicio puede proceder la administración a compensarlas en dinero.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que se debe dar estricto cumplimiento a las Directivas Presidenciales, las cuales son órdenes que deben ser cumplidas por la administración.

En cuanto a la motivación de los actos administrativos para compensar las vacaciones la misma no puede ser diferente a las necesidades del servicio y para evitar los perjuicios en el servicio público.

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: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:27:51