



Concepto 076021 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000076021

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000076021

Fecha: 21/02/2023 04:08:32 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: Empleos, Naturaleza del cargo - Radicado: 20239000026012 del 13 de enero de 2023.

Acuso recibo de su petición, a través de la cual consulta sobre el empleo del comisario de familia lo siguiente:

"Fui nombrado en provisionalidad en el Cargo de Comisario de Familia de Chinchiná, Caldas el pasado 10 de agosto de 2020 código 202 grado 003 de la Alcaldía Municipal; soy abogado, Magíster en Derecho Público titulado. Debido a que estando en el ejercicio del cargo entró en vigencia la ley 2126 de 2021, una vez agotado en el mes de agosto el período de transición contenido en el artículo 47 de la citada Ley".

A lo referido anteriormente en su consulta, la Ley 2126 de 2021¹ dispone:

"ARTÍCULO 7. Modifíquese el Artículo 80 de la Ley 1098 de 2006, el cual quedará así:

ARTÍCULO 80. Calidades para ser comisario y/ o comisaria de familia y defensor y/ o defensora de familia. Para ocupar el empleo de Comisario de Familia y Defensor de Familia se deberán acreditar las siguientes calidades:

Título profesional de abogado en ejercicio y con tarjeta profesional vigente;

Título de posgrado en derecho de familia, derecho civil, derecho administrativo, derecho constitucional, derecho procesal, derecho penal, 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 títulos afines con los citados, siempre que guarden relación directa, clara e inequívoca con las funciones asignadas al comisario de familia o al defensor de familia.

Dos (2) años de experiencia relacionada con las funciones del cargo. En los Municipios de quinta y sexta categoría, se podrá acreditar un (1) año de experiencia profesional relacionada con las funciones del cargo.

Contar con las competencias que señale el Departamento Administrativo de la Función Pública para el ejercicio del cargo, las cuales deberán evaluarse a través de pruebas específicas.

No tener antecedentes penales, disciplinarios ni fiscales, ni encontrarse inhabilitado por normas especiales, especialmente en el registro de ofensores sexuales.

(...)

ARTÍCULO 11. Naturaleza de los empleos, selección y vinculación del personal de las comisarías de familia. Los empleos creados o que se creen para integrar el equipo de trabajo interdisciplinario de las Comisarías de Familia, de nivel profesional, técnico o asistencial se clasifican como empleos de carrera administrativa, para su creación y provisión se seguirá el procedimiento señalado en la Constitución y en la ley.

El empleo de comisario y comisaria de familia será del nivel directivo. Tendrá un período institucional de cuatro (4) años, el cual comenzará a contarse desde el 1 de enero del segundo año del periodo de gobierno municipal o distrital. Dentro de dicho período, sólo podrán ser retirados del cargo por las causales establecidas en el Artículo 41 de la Ley 909 de 2004 o las normas que la modifiquen o adicionen.

Para la designación del comisario o comisaria de familia que realicen los municipios y distritos, se aplicará lo dispuesto en el Artículo 47 y s.s. de la Ley 909 de 2004 o la norma que la modifique o adicione para los cargos de gerencia pública de la administración, se tendrán en cuenta los criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo, y se podrá utilizar la aplicación de una o varias pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del mismo, la práctica de una entrevista y una valoración de antecedentes de estudio y experiencia. Corresponde a los municipios y distritos definir la ponderación de cada uno de estos criterios.

La evaluación de los candidatos y/o candidatas podrá ser realizada por un órgano técnico de la entidad territorial conformado por directivos y consultores externos, o ser encomendada a una universidad pública o privada, o a una empresa consultora externa especializada en selección de directivos.

El Departamento Administrativo de la Función Pública apoyará técnicamente a las diferentes entidades públicas en el desarrollo de estos procesos.

(Su entrada en vigencia será el 4 de agosto de 2023 de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de esta ley)

PARÁGRAFO 1. El Concejo Municipal o Distrital, en ejercicio de sus competencias constitucionales para fijar las escalas de remuneración, adecuará la escala salarial para el empleo de comisario y comisaria de familia, pasándolo del nivel profesional a directivo. El salario mensual del comisario y comisaria de familia no podrá ser inferior al ochenta por ciento (80%) ni ser superior al cien por ciento (100%) del salario mensual del alcalde.

PARÁGRAFO 2. Al culminar su periodo, quien haya ejercido como comisario de familia podrá volver a ser nombrado, en el mismo cargo, de acuerdo a los criterios señalados en el presente Artículo.

PARÁGRAFO 3. Los comisarios y comisarias de familia que acrediten derechos de carrera administrativa los conservarán mientras permanezca en el cargo, de conformidad con el Artículo 6 de la Ley 909 de 2004 o la norma que la modifique o adicione.

Los procesos de concurso que, al momento de entrada en vigencia de la presente ley, se encuentren en etapa de convocatoria abierta o en cualquiera de las etapas subsiguientes, continuarán hasta su culminación con las mismas reglas planteadas desde su inicio. En el evento que el concurso culmine con la declaratoria de desierto o no se integre la terna, el nombramiento se efectuará de acuerdo con lo establecido en el presente Artículo”.

¿Mi permanencia en el cargo como Comisario de Familia debe surtirte obligatoriamente hasta el 01 de enero del segundo año del próximo mandato, esto es, hasta el 01 de enero de 2025 (de no existir ninguna causal de retiro e inhabilitación de acuerdo con la ley 906 de 2004 - 734 de 2002) teniendo en cuenta el segundo inciso del ARTÍCULO 11 de la Ley 2126 de 2021?

De acuerdo con lo establecido en el artículo 11 de la Ley ibídem se entiende que los empleados con nombramiento provisional, sólo podrán ser retirados del cargo por las causales establecidas en el Artículo 41 de la Ley 909 de 2004 o las normas que la modifiquen o adicionen; toda vez que la provisionalidad le otorga una estabilidad relativa por la cual la insubsistencia debe ser por acto motivado.

Al respecto el Art. 41 de la Ley 909 de 2004² dispone:

“ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;
- c) INEXEQUIBLE. Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada; Sentencia C-501 de 2005.

d) Por renuncia regularmente aceptada;

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;

Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

f) Por invalidez absoluta;

g) Por edad de retiro forzoso;

h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;

Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.

j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicione o modifiquen;

k) Por orden o decisión judicial;

l) Por supresión del empleo;

m) Por muerte;

n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

PARÁGRAFO 1. Declarado Inexequible.

PARÁGRAFO 2. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”.

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional en Sentencia T-007 del 17 de enero de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, se pronunció sobre el retiro de los provisionales, en el siguiente sentido:

«4. La necesidad de motivación del acto de desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, a la luz de la jurisprudencia constitucional.

4.1. De acuerdo con la reiterada jurisprudencia constitucional en la materia, el retiro de funcionarios que ocupan cargos de carrera -nombrados en provisionalidad- exige de la Administración la motivación del acto administrativo de desvinculación correspondiente so pena de violar el debido proceso del funcionario, y en especial, su derecho de defensa. No expresar esas razones hace imposible para un funcionario en tales condiciones, controvertir el fundamento de su desvinculación por vía judicial. De esta manera, el tratamiento que se les debe dar a estas personas al momento de su desvinculación no es el de funcionarios de libre nombramiento y remoción, - por la naturaleza del cargo-, sino el de funcionarios con protección respecto de las razones de su desvinculación. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha hecho las siguientes consideraciones:

« [...]»

(c) La Corte reconoce que no existe para los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso. Sin embargo, esta Corporación estima que para los primeros existe “un cierto grado de protección”, que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P). Así, los actos que deciden la desvinculación de los servidores en provisionalidad, deben contener las razones del servicio por las cuáles se separa a un funcionario del cargo [...]» (Subrayas fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, el retiro del empleado provisional procede siempre y cuando se motive el acto administrativo de desvinculación, con el fin de que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción, como se indicó anteriormente. En cuanto a la estabilidad, las normas no consagran un derecho a estabilidad de los empleados provisionales y únicamente establece que su retiro, como se manifestó, debe producirse mediante acto motivado.

¿Puedo ser reelegido para continuar durante dicho período constitucional?

Una vez entre en vigencia el cambio de naturaleza jurídica del empleo, esto es, el 4 de agosto de 2023, resultará viable que, al culminar su periodo, quien haya ejercido como comisario de familia sea nuevamente nombrado, en el mismo cargo, de acuerdo a los criterios señalados en la norma.

¿Para efectos del criterio de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del cargo, es obligatoria la utilización y aplicación de pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del mismo, la práctica de una entrevista y una valoración de antecedentes de estudio y experiencia?

Señala la norma que se podrá utilizar la aplicación de una o varias pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del mismo, la práctica de una entrevista y una valoración de antecedentes de estudio y experiencia. Corresponde a los municipios y distritos definir la ponderación de cada uno de estos criterios.

Por lo que es discrecional de la entidad hacer uso de las pruebas que se dirijan a evaluar el conocimiento y las aptitudes, les corresponde a los municipios una vez se opte por exámenes para designar el ingreso a comisario definir la ponderación de cada uno de estos criterios..

¿Acreditando mi título de abogado y de Magíster en Derecho Público, cumplo con el requisito de formación profesional para ejercer como comisario de familia de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 2126 de 2021?

En relación con este interrogante, tenemos que en Concepto de la Sala de Consulta C.E. 00051 de 2008 del Consejo de Estado - esa Corporación consideró:

“La Sala considera entonces que en el caso consultado la exigencia mínima de “especialización” también es cumplida por quien acredita tener una maestría o un doctorado. Claro está que, en todo caso, la respectiva maestría o doctorado deberá cumplir con la profesión y el énfasis requerido por la entidad en su manual de funciones, de acuerdo con las necesidades del cargo (en una rama específica de la ingeniería, la economía, el derecho, etc.). Así, por ejemplo, la persona que presenta una maestría o un doctorado en derecho público cumple con el requerimiento de especialización en derecho administrativo o constitucional, no así quien presenta un doctorado o maestría en Teoría Económica, cuando el manual de funciones exige especialización en derecho comercial. De acuerdo con lo expuesto, la Sala responde: Los aspirantes a ocupar un empleo público del nivel asesor o profesional, que acrediten maestría o doctorado, efectivamente cumplen el requisito para desempeñar los empleos que exigen presentar postgrado en la modalidad de especialización, siempre y cuando se trate de la misma especialidad requerida por la Entidad”.

De acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado, la exigencia mínima de “especialización” también es cumplida por quien acredita tener una maestría o un doctorado.

Por último, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el COVID - 19, me permito indicar que en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestornormativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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: Jorge González

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López.

11602.8.4.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹“Por la cual se regula la creación, conformación y funcionamiento de las comisarías de familia, se establece el órgano rector y se dictan otras disposiciones”.

²“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

Fecha y hora de creación: 2025-02-14 07:57:30