



Concepto 137301 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000137301

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000137301

Fecha: 05/04/2023 12:58:24 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: Empleos, Comisarios de familia; Ámbito de aplicación del Art. 11 la Ley 2126 de 2021 *â¿¿ RADICADO: 20239000128162 del 27 de febrero de 2023.*

Acuso recibo de su escrito, donde cita diversos conceptos emitidos por este Departamento Administrativo sobre todo lo concerniente en la aplicación del Art. 11 de la Ley 2126 de 2021 por el cual se cambia la naturaleza del cargo Comisario de familia del mismo modo formula varias inquietudes sobre la misma.

En base a su consulta, me permito manifestarle lo establecido por la Ley [2126](#) de 2021¹:

ARTÍCULO 6. CREACIÓN Y REGLAMENTACIÓN. *Los Concejos Municipales y Distritales, en el marco de sus competencias, tendrán a su cargo la creación de al menos una Comisaría de Familia, dentro de su estructura administrativa.*

Cada Comisaría de Familia deberá contar con al menos un comisario o comisaria y su equipo interdisciplinario.

Por cada 100.000 habitantes, en cada municipio o distrito deberá existir una Comisaría de Familia adicional, con su respectivo comisario o comisaria y equipo interdisciplinario.

Se podrán crear Comisarías de Familia de carácter intermunicipal, siempre y cuando se generen esquemas asociativos de integración regional por necesidad I del servicio, con base en estudios y factores objetivos que demuestren la falta de capacidad institucional y presupuestal de los entes territoriales, previo concepto del Ministerio de Justicia y del Derecho.

(...)

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 comisarías 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”.

De acuerdo con las disposiciones transcritas de la Ley 2156 de 2021, el empleo de comisario de familia será del nivel directivo a partir del momento en que entre en vigencia la norma, 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, y 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.

Igualmente, 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, y 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.

Así mismo, los comisarios y comisarías 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, adicione o sustituya.

Conforme a lo expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica, los comisarios y comisarías 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, adicione o sustituya.

Respecto de las condiciones salariales de los comisarios de familia con derechos de carrera administrativa serán las mismas del nivel jerárquico en el cual se encuentran (profesional); mientras los nuevos empleos que se creen en el nivel directivo tendrán las condiciones salariales que correspondan a estos, en los términos del artículo 11 de la Ley 2126 de 2021, como empleados del nivel directivo.

Se debe tener en cuenta igualmente, que de conformidad con lo previsto en el artículo 47 de la Ley 2126 de 2021, entre otros, el artículo 11 entrará en vigencia dos (2) años después de la promulgación de la misma.

En cuanto a su consulta, me permito desarrollar cada una de sus inquietudes en el mismo orden de presentación para su respuesta:

De acuerdo a lo anterior, en caso de que la entidad no cuente con vacantes de empleos con iguales o similares características del empleo Comisario de Familia, y habiéndose creado los empleos en el nivel Directivo, ¿Es posible que ejerzan las mismas funciones teniendo en cuenta que son empleos de diferente nivel y salario?

La Ley 1098 de 2006², antes de la expedición de Ley 2126 de 2021 establecía estos requisitos para ser comisario o comisaria de familia:

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

Ser abogado en ejercicio y con tarjeta profesional vigente.

No tener antecedentes penales ni disciplinarios.

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".
(Subrayado Nuestro)

De esa manera, las personas que antes de expedir la norma objeto de consulta acreditaron los requisitos para el ejercicio del empleo, podrán seguir ejerciendo como comisarios de familia y conservarán sus derechos de carrera de conformidad con el parágrafo 3 del Art. 11. *"Los comisarios y comisarías 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". (...)*

En caso de ser negativa la respuesta, ¿cuáles serían las funciones que desempeñarían los servidores con derechos de carrera administrativa en el nivel profesional, teniendo en cuenta que la denominación del empleo del cual son titulares es tan específica que tiene asociadas unas funciones establecidas en la norma?

De conformidad con lo señalado en el punto anterior, los comisarios y comisarías 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 y ejercerán las funciones correspondientes.

La Ley 2126, suprimió el empleo Comisario de Familia en el nivel profesional, *¿el hecho de que coexistan dos empleos con iguales*

responsabilidades en dos niveles y salarios diferentes, a futuro podría constituirse en un posible daño antijurídico en contra de la entidad?, por posibles controversias judiciales.

Sobre la constitución de un posible daño antijurídico, le informo que corresponderá a un Juez de la República establecerlo, por lo que no resulta viable emitir consideraciones sobre el particular.

¿Cómo conservar empleos de Comisario de Familia del nivel profesional, si fueron suprimidos por la Ley?

Conforme a lo expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica, 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, adicione o sustituya.

¿Si la entidad no cuenta con vacantes a donde puedan ser trasladados los actuales servidores que ejercen funciones de Comisario de Familia, por supresión de estos empleos bajo que figura podrían desempeñarse en el empleo del nivel Directivo?

Se reitera que, conforme a lo expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica, 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, adicione o sustituya.

Si la norma es de obligatorio cumplimiento a partir del 4 de agosto de 2023, ¿para cuando se tiene programado la modificación al Decreto en mención, teniendo en cuenta que para la creación de los empleos se requiere la codificación en el nivel Directivo?

Por favor, aclare su pregunta.

¿Las Comisarías de Familia deben hacer parte de la estructura administrativa de la entidad (Organigrama), dada la relevancia de la Ley?; en caso de ser afirmativa la respuesta, lo anterior teniendo en cuenta que en la actualidad existe un grupo interno de trabajo para comisarias, en los términos establecidos en el artículo 115 de la Ley 489 de 1998. ¿Este proceso se vería afectado por la Ley de Garantías?

A su interrogante el artículo 6 de la Ley mencionada dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 6. CREACIÓN Y REGLAMENTACIÓN. Los Concejos Municipales y Distritales, en el marco de sus competencias, tendrán a su cargo la creación de al menos una Comisaría de Familia, dentro de su estructura administrativa.

Cada Comisaría de Familia deberá contar con al menos un comisario o comisaria y su equipo interdisciplinario.

Por cada 100.000 habitantes, en cada municipio o distrito deberá existir una Comisaría de Familia adicional, con su respectivo comisario o comisaria y equipo interdisciplinario.

Se podrán crear Comisarías de Familia de carácter intermunicipal, siempre y cuando se generen esquemas asociativos de integración regional por necesidad I del servicio, con base en estudios y factores objetivos que demuestren la falta de capacidad institucional y presupuestal de los entes territoriales, previo concepto del Ministerio de Justicia y del Derecho.

(...)"

En la estructura administrativa se representarán funciones, que están orientados a la consecución de unos objetivos determinados competencia

que estará a cargo de los concejales municipales y distritales.

En cuanto a la interpretación de esta norma, es importante remitirse a lo expresado por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1153 de 2005, frente al alcance de las prohibiciones y restricciones de provisión de empleos contenidos en la Ley 996 de 2005, en la cual expresó:

"De otra parte, para la Sala el inciso primero se ajusta a la Constitución, pues la suspensión de las vinculaciones que afecten a la nómina estatal durante el periodo en que el candidato Presidente puede estar en campaña electoral sí es garantía de una mayor equidad de condiciones entre este candidato y los demás aspirantes a la presidencia de la República, en cuanto a través de esas vinculaciones se pueden buscar favores políticos.

Ahora, si bien la limitación garantiza la igualdad de condiciones, también es necesario que tal limitación que pretende la igualdad no termine yendo en detrimento de intereses públicos cuya garantía está en cabeza del ejecutivo, como son los inmersos en las excepciones para la prohibición de contratación.

En efecto, las excepciones de limitación protegen diversos tipos de urgencias de defensa, salud, educación, infraestructura vial y de servicios públicos y ecológicas tienden a no limitar desproporcionadamente la acción del Estado en el cumplimiento de sus fines, en procura de la igualdad entre candidatos como garantía electoral. Por su parte, la no restricción en la celebración de contratos de crédito público es razonable, pues le permite al Estado mantener la estabilidad fiscal toda vez que tanto el endeudamiento interno como el externo permiten conseguir los recursos necesarios para el pleno cubrimiento de las previsiones presupuestales.

Ahora bien, esta Corporación considera que la prohibición de suspender cualquier forma de vinculación que "afecte" la nómina estatal hace referencia a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública.

Por último, la Sala precisa que la declaratoria de exequibilidad del Artículo 32 se da bajo el entendido que el Presidente o el Vicepresidente de la República se ven cubiertos con la prohibición desde que manifiestan el interés previsto en el Artículo 9."

"..."

"Por último, la Sala también encuentra ajustada a la Carta la prohibición de modificar la nómina de los entes territoriales que dirijan o en los cuales participen Gobernadores, Alcaldes, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, pues esto garantiza que no se utilice como medio para la campaña electoral en la cual pueden llegar a participar los funcionarios públicos autorizados por la Carta para actuar en política y, por tanto, promueve la transparencia del actuar administrativo.

Ahora bien, las excepciones a esta prohibición, consignadas en el inciso cuarto del párrafo, respetan el equilibrio que debe existir entre la guarda de la moralidad administrativa y la eficacia de la administración, a través de la autorización de vincular en nómina (a) cuando se trate de proveer cargos por faltas definitivas derivada de muerte o renuncia y (b) los cargos de carrera administrativa.

En efecto, si se trata de proveer un cargo por necesidad del servicio, toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo, es claro que la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña. De otra parte, si con la prohibición de modificación de nómina pretende evitar la vulneración de la moralidad administrativa, las vinculaciones que se presenten aplicando las normas de carrera administrativa serán admisibles por todas las garantías de transparencia y objetividad que deben rodear el régimen de carrera.

Por último, el límite de tiempo para la prohibición de modificación de nómina es razonable, pues en los cuatro meses indicados, época de

campaña, es que se presentan el mayor riesgo de aprovechamiento del cargo público para fines políticos". (Destacado nuestro)

En ese sentido, está prohibida la provisión de cargos salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia, licencia o muerte que sean indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública, o cuando se trate de la designación de servidores públicos en cargos de carrera por el sistema de concurso público de méritos. En esos casos, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, la vinculación no se tratará de un cargo creado ad hoc en épocas de campaña, sino de una necesidad permanente de la administración que no puede dejar de ser satisfecha por encontrarse en periodo de campaña.

¿La Ley de garantías afecta el proceso de creación de estos empleos, toda vez que modifica la planta de cargos?

Se reitera lo señalado en el punto anterior.

Para el caso del Distrito Especial de Medellín, según la proyección de número de habitantes para el año 2023, debe contar con 27 Comisarías de Familia, ¿Deben aparecer todas dentro de la Estructura Administrativa de la Entidad?, o sólo aparecería una, ¿Qué alternativas se proponen o existen para agruparlas?

Se reitera lo establecido en el Art. 6 de la Ley 2126 de 2021 en el que los Concejos Municipales y Distritales, en el marco de sus competencias, tendrán a su cargo la creación de al menos una Comisaría de Familia, dentro de su estructura administrativa. Donde por cada 100.000 habitantes, en cada municipio o distrito deberá existir una Comisaría de Familia adicional, con su respectivo comisario o comisaria y equipo interdisciplinario.

El Concepto 060101 del 03/02/2022, indica "(...) Igualmente es importante anotar que la competencia de los concejos municipales para crear las comisarías de familia se materializa a partir del 4 de agosto del año 2023.", lo anterior significa que, en vigencia de la Ley de Garantías, el Concejo Distrital podrá ordenar la modificación de la estructura administrativa y la escala salarial de la entidad?

Una vez entre en vigencia el Art. 11 de la Ley 2126 de 2021 los concejos municipales y distritales en uso de competencias podrán ordenar la modificación de la estructura administrativa, así como también la escala salarial por expresa autorización legal.

El Concepto 176771 del 17/05/2022, expresa: "en criterio de esta Dirección Jurídica, Los empleados de carrera que actualmente son titulares de los cargos de comisario y comisaria de familia, una vez que dichos cargos pasen al nivel directivo, deberán ser trasladados a otro cargo de carrera que tenga funciones afines y remuneración igual o superior a las del empleo que desempeña, si existiere vacante en la respectiva planta de personal, en caso contrario, continuarán desempeñando el mismo cargo y conservarán los derechos de carrera mientras permanezcan en él, y no será necesario que renuncien a los mismos, y devengarán el salario inherente a dichos empleos, el cual no podrá ser inferior al ochenta por ciento (80%) ni ser superior al cien por ciento (100%) del salario mensual del alcalde." Subraya y negrilla intencional. Este planteamiento contradice lo expuesto en otros conceptos en el sentido de que los servidores que tengan derechos de carrera "(...)" tendrán el salario correspondiente al empleo de carrera sin que sea legalmente posible acceder al salario de un empleo diferente, para el caso, uno de período del nivel directivo." En este orden de ideas, ¿a cuál disposición nos debemos acoger?

El criterio actual de la dirección jurídica es que, los comisarios y comisarías 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, adicione o sustituya.

Conforme a lo expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica, 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, adicione o sustituya.

Respecto de las condiciones salariales de los comisarios de familia con derechos de carrera administrativa serán las mismas del nivel jerárquico en el cual se encuentran (profesional); mientras los nuevos empleos que se creen en el nivel directivo tendrán las condiciones salariales que correspondan a estos, en los términos del artículo 11 de la Ley 2126 de 2021, como empleados del nivel directivo.

Se debe tener en cuenta igualmente, que de conformidad con lo previsto en el artículo 47 de la Ley 2126 de 2021, entre otros, el artículo 11 entrará en vigencia dos (2) años después de la promulgación de la misma.

En el Concepto 060101 del 03/02/2022, se precisa lo siguiente: “(...) Igualmente es importante anotar que la competencia de los concejos municipales para crear las comisarías de familia se materializa a partir del 4 de agosto del año 2023.”, ¿lo anterior quiere decir que solo a partir de la fecha en mención, el Concejo Distrital, puede resolver sobre la modificación de la estructura administrativa y escala salarial?

Si, ya que es una competencia atribuida a ellos a partir de la entrada en vigencia de la Ley.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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: Jorge González

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López.

11602.8.4.

NOTAS DE PIE DE PAGINA

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 expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.