



**Función Pública**

# Concepto 309341 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000309341\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000309341

Fecha: 23/08/2021 10:38:59 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Clasificación. Radicado: 20219000570392 del 9 de agosto de 2021.

En atención a la radicación de la referencia en la cual consulta, a partir de qué fecha empieza a contarse el periodo institucional de los comisarios de familia, a la luz de lo dispuesto en la Ley 2126 de 2021, así mismo realiza preguntas relacionadas con quienes ocupan los cargos en la actualidad, se da respuesta a cada una de ellas en los siguientes términos:

1. Pregunta:

A partir de qué fecha empieza a contarse el periodo institucional de los comisarios de familia, al cual se refiere el Artículo 11 de la ley 2126 de 2021.

Respuesta:

La Ley 2126 de 2021, establece el objeto, naturaleza jurídica y principios rectores de las comisarías de familia, al respecto de su primer interrogante dispone:

“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.

(...)

ARTÍCULO 47. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación, salvo el parágrafo 1 del Artículo 5, los Artículos 6, 8, 9, 11, 22, 25, el inciso 1 del Artículo 27, el Artículo 28, el Artículo 29 a excepción de su parágrafo 3o y el capítulo VII, que entrarán a regir a partir de los dos (2) años de su entrada en vigencia.”.

De conformidad con lo anterior, se tiene que la norma fue clara que lo dispuesto en el Artículo 11 de la ley objeto de consulta entrará en vigencia 2 años después de la entrada en vigencia de la misma, es decir el 4 de agosto de 2023 de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 47.

Respecto de su segundo interrogante, aplicará de la misma manera, lo dispuesto en el Artículo 47 de la ley 2126 de 2021.

2. “Frente a los comisarios que actualmente se desempeñan mediante nombramiento en provisionalidad y para los cuales aún no se ha convocado el concurso, entendemos que automáticamente se han convertido en empleados de periodo, En caso afirmativo, hasta cuándo irá dicho periodo”

Respuesta:

Respecto de la terminación de los nombramientos provisionales, el Artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública establece:

“TERMINACIÓN DE ENCARGO Y NOMBRAMIENTO PROVISIONAL. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.”.

Por su parte, la Corte Constitucional mediante [SU-917](#) de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, frente al mismo tema sostuvo:

“(…) De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, esto es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

-

(...)

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”. (Negrita y subrayado)

fuera de texto).

Adicional a lo anterior, la Circular Conjunta [0000032](#) del 3 de agosto de 2012, expedida por el Ministerio del Trabajo y el Departamento Administrativo de la Función Pública, dispuso:

“De conformidad con lo expuesto, y con el fin de evitar reclamaciones a la Administración Pública, se recuerda a los representantes legales de las entidades y organismos del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles nacional y territorial que **al momento de expedir los actos administrativos de insubsistencia del personal provisional deben ajustarse a los criterios y a los lineamientos impartidos por la Corte Constitucional en esta materia.**”

Por lo tanto, situaciones como la declaratoria de inexequibilidad de los Actos Legislativos Nos. [01](#) de 2008 o [04](#) de 2011, o el vencimiento de duración del término del nombramiento provisional o el de su prórroga no son motivos suficientes para el retiro del personal provisional, en cuanto esta situación no está consagrada como causal de retiro del servicio de estos empleados.

Finalmente, es necesario recordar que el nombramiento provisional solo procede una vez agotado el orden de prelación para la provisión definitiva de los empleos de carrera establecidos en la Ley 909 de 2004 y los decretos reglamentarios”.

Conforme a la normativa y jurisprudencia anterior, y precisando que el nombramiento provisional, es un nombramiento de carácter excepcional, esta Dirección Jurídica, considera que la terminación del nombramiento provisional procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde el retiro invoque argumentos puntuales como:

- La provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo.
- La imposición de sanciones disciplinarias.
- La calificación insatisfactoria.
- Razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario.

En consecuencia, y para dar respuesta a su consulta, mientras no se provea el cargo con el titular del mismo de conformidad con la Ley 2126 de 2021, la persona que se encuentra ocupándolo en provisionalidad no podrá ser retirada, para nombrar otra persona en provisionalidad.

3. Los comisarios que cuentan con derechos de carrera administrativa, estos tienen derecho a permanecer en el cargo hasta tanto no se den las causales para retiro del servicio señaladas en la ley.

Respuesta:

La clasificación de los empleos de la planta de personal de las entidades del Estado está establecida en la ley. Así, el Artículo 5 de la Ley 909 de 2004, dispone que los empleos de los organismos y entidades a los cuales se les aplica esta ley son de carrera y para efectos de la clasificación de empleos como de libre nombramiento y remoción, señala los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así: (...).

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:(...)

En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial:

Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente; (...)

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e). <Literal adicionado por el Artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;

f) <Literal adicionado por el Artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.”

Respecto a empleos que implican “administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado”, es viable tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional, respecto del numeral 5º del Artículo 4º de la Ley 27 de 1992, que disponía que: “Son libre nombramiento y remoción los empleados que administren fondos, valores y/o bienes oficiales y que para ello requieran fianza de manejo”, en los siguientes términos:

“El numeral quinto del Artículo 4 de la ley 27 de 1992 clasifica a “los empleados que administren fondos, valores y/o bienes oficiales y que para ello requieran fianza de manejo” como servidores públicos de libre nombramiento y remoción. La norma contempla dos condiciones muy precisas, a saber: la administración de fondos, valores y/o bienes y la constitución de fianza de manejo, condiciones que no operan en forma independiente sino conjuntamente pues todos los que “administran” dichos bienes deben necesariamente constituir fianza, de donde se desprende que sólo los empleados que reúnan estos requisitos escapan al régimen de carrera, de modo que, quienes simplemente colaboran en la administración, y pese a que eventualmente se les exija fianza de manejo, no pueden ser considerados como empleados de libre nombramiento y remoción.

Para que el supuesto previsto en el numeral que se examina tenga lugar, se requiere además de la fianza, la administración directa de esos bienes y no la simple colaboración en esa tarea; en otros términos, la necesidad de constituir fianza, por sí sola, no determina la exclusión del régimen de carrera. Aparte de ese requisito, es indispensable analizar el grado de responsabilidad de los funcionarios en el manejo de los bienes, que torna patente el elemento esencial de la confianza que justifica el régimen de libre nombramiento y remoción, con independencia de que los funcionarios hagan parte de la administración. Así las cosas, el cargo propuesto no está llamado a prosperar”.

Conforme a lo expuesto, los criterios para la clasificación de los empleos públicos en de carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción, son los señalados anteriormente conforme al Artículo 5º de la Ley 909 de 2004 y lo expresado por la Corte Constitucional en el pronunciamiento citado respecto del numeral 5º del Artículo 4º de la Ley 27 de 1992, en relación con la “administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado”.

De conformidad con lo anterior, la clasificación de los empleos públicos es un tema reserva de la Ley; es decir, al cumplir el empleo con alguno de los criterios indicados, el empleo deberá ser clasificado como de libre nombramiento y remoción, de manera que no es una facultad de la

administración clasificar los empleos, limitándose a dar cumplimiento a la Ley.

Aclarado el tema relacionado con la clasificación de los empleos de la planta de personal de las entidades del Estado, se procede a dilucidar sobre el procedimiento para el cambio de naturaleza de un empleo de carrera administrativa a libre nombramiento y remoción, tema sobre el cual la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones establece:

“ARTÍCULO 6°. CAMBIO DE NATURALEZA DE LOS EMPLEOS. El empleado de carrera administrativa cuyo cargo sea declarado de libre nombramiento y remoción, deberá ser trasladado a otro 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, continuará desempeñando el mismo cargo y conservará los derechos de carrera mientras permanezca en él.

Cuando un empleo de libre nombramiento y remoción sea clasificado como de carrera administrativa, deberá ser provisto mediante concurso.” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Conforme a la normativa transcrita, el empleado de carrera administrativa cuyo cargo sea declarado de libre nombramiento y remoción, deberá ser trasladado a otro de carrera que tenga funciones afines y remuneración igual o superior a las del empleo que desempeña, en caso de no existir empleo, continuará desempeñando el mismo cargo y conservará los derechos de carrera mientras permanezca en él.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/web/eva/gestor-normativo>, «Gestor Normativo», donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Janne Alexandra Guzmán Quintero.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

*Fecha y hora de creación: 2024-09-30 14:17:06*