



Función Pública

Concepto 154961 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000154961

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000154961

Fecha: 25/04/2022 03:17:08 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que el pariente en segundo grado de consanguinidad del comisario de familia (en provisionalidad), aspire a ser elegido como alcalde del mismo municipio? ¿Existe impedimento para que aspire a ser elegido alcalde el esposo de una servidora de la empresa social del estado que ejerce labores como auxiliar de enfermería y no maneja recursos? RAD.: 20229000144252 del 29 de marzo de 2022.

En atención a su oficio de la referencia, en el cual consulta si existe impedimento para que el pariente en segundo grado de consanguinidad del comisario de familia (en provisionalidad), aspire a ser elegido como alcalde del mismo municipio y si existe impedimento para que aspire a ser elegido alcalde el esposo de una servidora de la empresa social del estado que ejerce labores como auxiliar de enfermería y no maneja recursos, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Sea lo primero señalar respecto de las inhabilidades para ser elegido en el cargo de alcalde, que la Ley 136 de 1994¹, modificada por la Ley 617 de 2000², dispone:

ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. <Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...)

4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio." (Subrayado fuera de texto)

De lo anterior puede inferirse que no podrá ser inscrito como candidato ni elegido alcalde municipal o distrital quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente con empleados que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito.

En ese sentido, se precisa que para dar respuesta a su consulta se necesita determinar si el empleo de comisario de familia ejerce autoridad civil, política o administrativa.

Frente al presupuesto, referente a establecer si el empleo de comisario de familia ejerce autoridad civil, política o administrativa, se considera

importante señalar lo siguiente:

En relación a los cargos que ejercen autoridad civil o administrativa, la Ley 136 de 1994 señala:

ARTÍCULO 188. AUTORIDAD CIVIL: Para efectos de lo previsto en esta ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para una cualquiera de las siguientes atribuciones:

- 1). Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.
- 2). Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación.
- 3). Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones.”

ARTICULO 190. DIRECCION ADMINISTRATIVA: Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados; reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.”
(Subraya fuera de texto)

El Consejo de Estado, en sentencia con radicación número 13001-23-31-000-2003-00024-01(3520), del 14 de abril de 2005, Consejero Ponente: Filemón Jiménez Ochoa, afirmó:

“Por autoridad administrativa podría entenderse como el poder del cual está investido un funcionario para que dentro de su ámbito territorial y marco funcional y con el objeto del manejo de las personas, bienes o patrimonio a su cargo, dé aplicación a las medidas necesarias para el cumplimiento inmediato de las normas y la satisfacción y preservación de las necesidades e intereses de sus administrados, función que también puede ejercer quien tiene autoridad civil, pero éste además tiene el poder de las decisiones generales.

En relación a la autoridad administrativa, el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, describe de la siguiente manera las funciones que corresponden a la Dirección Administrativa:

ARTÍCULO 190. DIRECCION ADMINISTRATIVA: Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales, conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados; reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.”

Específicamente el ejercicio de autoridad administrativa como hecho que configura la inhabilidad prevista en la norma invocada por el demandante, que el Tribunal consideró probada en este caso, implica poder de mando, facultad decisoria y dirección de asuntos propios de la función administrativa, para que dentro de su ámbito territorial y marco funcional y con el objeto del manejo de las personas, bienes o patrimonio a su cargo, dé aplicación a las medidas necesarias para el cumplimiento inmediato de las normas y la satisfacción y preservación de las necesidades e intereses de sus administrados, como lo señala la jurisprudencia referida, o como lo describió la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación:

“b) Los cargos con autoridad administrativa son todos los que corresponden a la administración nacional, departamental y municipal, incluidos los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad. Tales son, por ejemplo, los cargos de directores o gerentes de establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, de los departamentos y municipios; gobernadores y alcaldes; Contralor General de la República, contralores departamentales y municipales; Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil”.

El apelante cuestiona la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar, en cuanto encontró probada la inhabilidad prevista en numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, con el argumento aludido en su contestación de la demanda, de que cuando el señor Jorge Elías Ortiz Romero ejerció como Secretario de Salud de Calamar, en calidad de encargado, el Alcalde Municipal suspendió las funciones atribuidas a ese cargo, y las asumió él directamente.

Dicha afirmación no tiene ningún respaldo probatorio, puesto que de una parte el acto de nombramiento no hizo ninguna salvedad en cuanto al ejercicio de las funciones, ni lo podía hacer, porque la definición de las funciones del cargo es de carácter reglamentario conforme al artículo 122 de la Constitución Política, según el cual todo empleo público debe tener funciones predeterminadas". (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con las normas y jurisprudencia expuestas, se considera que se ejerce autoridad civil, política o administrativa, en el caso que dentro de las funciones de su empleo se encuentre la de celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados, reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; además, dentro de las funciones están reseñadas las de intervenir como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio; o poderes decisorios, de mando, imposición, vigilancia y control sobre los subordinados y las personas jurídicas y naturales vinculadas en el municipio.

Así, a fin de comprobar si el empleado público ejerce jurisdicción o autoridad administrativa o civil en el nivel municipal, tal como lo afirma la sentencia precedente, es necesario acudir a las funciones generales asignadas al respectivo cargo que, tratándose del empleo de comisario de familia acudiremos a las disposiciones previstas en la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia. Al respecto, la norma en mención en sus artículos 84 y 86, refieren:

ARTÍCULO 84. CREACIÓN, COMPOSICIÓN Y REGLAMENTACIÓN. Todos los municipios contarán al menos con una Comisaría de Familia según la densidad de la población y las necesidades del servicio. Su creación, composición y organización corresponde a los Concejos Municipales.

Las Comisarías de Familia estarán conformadas como mínimo por un abogado, quien asumirá la función de Comisario, un psicólogo, un trabajador social, un médico, un secretario, en los municipios de mediana y mayor densidad de población. Las Comisarías tendrán el apoyo permanente de la Policía Nacional. El Gobierno Nacional reglamentará la materia con el fin de determinar dichos municipios.

En los municipios en donde no fuere posible garantizar el equipo mencionado en el inciso anterior, la Comisaría estará apoyada por los profesionales que trabajen directa o indirectamente con la infancia y la familia, como los profesores y psicopedagogos de los colegios, los médicos y enfermeras del hospital y los funcionarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

(...)

ARTÍCULO 86. FUNCIONES DEL COMISARIO DE FAMILIA. ARTÍCULO 86. FUNCIONES DEL COMISARIO DE FAMILIA. <Artículo derogado por el artículo 48 Lit. a) de la Ley 2126 de 2021. Ver sobre el tema el artículo 13>

Adicionalmente, la ley en comento prevé que en aquellos municipios donde no haya defensor de familia, las funciones atribuidas a este deben ser cumplidas por el comisario de familia, como: la de ejercer funciones de policía de infancia y adolescencia, referidas a:

1. Cumplir y hacer cumplir las normas y decisiones que para la protección de los niños, las niñas y los adolescentes impartan los organismos del Estado.

(...)

3. Adelantar labores de vigilancia y control en los lugares de recreación y deporte y demás espacios públicos en donde habitualmente concurren niños, niñas y adolescentes y a la entrada de los establecimientos educativos de su jurisdicción.

4. Adelantar labores de vigilancia a fin de controlar e impedir el ingreso de los niños, las niñas y los adolescentes a los lugares de diversión destinados al consumo de bebidas alcohólicas y cigarrillos y hacer cumplir la prohibición de venta de estos productos.

5. Adelantar labores de vigilancia a fin de controlar e impedir el ingreso de niños, niñas y adolescentes a los lugares en donde se ejerza la explotación sexual, se realicen espectáculos no aptos para niños, niñas o adolescentes, a salas de juego de azar y lugares públicos o privados de alto riesgo que ofrezcan peligro para su integridad física y/o moral y tomar las medidas a que haya lugar.

6. Adelantar labores de vigilancia a fin de prevenir, controlar e impedir la entrada de menores de catorce (14) años a las salas de juegos electrónicos.

7. Controlar e impedir el ingreso de niños, niñas y adolescentes a salas de cine, teatros o similares donde se presenten espectáculos con clasificación para mayores y el alquiler de películas de video clasificadas para adultos.

8. Adelantar labores de vigilancia a fin de controlar el porte de armas de fuego o cortopunzantes, bebidas embriagantes, pólvora, estupefacientes y material pornográfico, por parte de niños, niñas o adolescentes, así como de elementos que puedan atentar contra su integridad, y proceder a su incautación.

(...)

13. Adelantar acciones para la detección de niños, niñas y adolescentes que realicen trabajos prohibidos, cualesquiera de las peores formas de trabajo infantil, o que estén en situación de explotación y riesgo, y denunciar el hecho ante la autoridad competente". (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Al respecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 17 de junio de 1975, Consejero Ponente: Gustavo Salazar Tapiero, sobre la palabra jurisdicción, preceptúa:

"Funcionario con jurisdicción es el que tiene facultad de juzgar, esto es, de conocer de un negocio determinado, adelantar la actuación, dictar el fallo correspondiente y hacerlo cumplir. Tales son los Magistrados del Tribunal, los jueces de toda clase, los empleados de la Rama Ejecutiva investidos de jurisdicción coactiva, etc".

La misma Corporación, en sentencia del 5 de julio de 2002, expediente 2885, define la autoridad civil como:

"Entonces el ejercicio de la autoridad civil no solo está referido a las facultades que tiene el empleado público respecto de sus subalternos sino también en relación con los particulares sobre los que ejerce función de mando para exigir el cumplimiento de la ley y la Constitución".

Conforme a la normativa y jurisprudencia expuestas, el comisario de familia ejerce jurisdicción y autoridad civil en el respectivo municipio, en razón a su poder de mando y facultad decisoria, pues adopta medidas de emergencia, toma medidas de protección, define provisionalmente sobre la custodia y cuidado personal, adopta las medidas de restablecimiento de derechos, aplica las medidas policivas que correspondan, entre otras, y sus decisiones deben ser aceptadas por la sociedad, en reconocimiento de la autoridad otorgada por la ley.

La afirmación anterior, se ratifica por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en Concepto núm. 168 del 28 de noviembre de 2014 al considerar: «Las Comisarías de Familia, hacen parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar a nivel local o municipal y son entidades que forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público del respectivo municipio o distrito. Tienen funciones y competencias de Autoridad Administrativa con funciones judiciales, de autoridad administrativa de orden policivo y Autoridad Administrativa de Restablecimiento de Derechos de acuerdo al artículo 96 de la Ley 1098 de 2006».

De otra parte, se considera importante señalar que la Ley 2126 de 2021³, respecto a la naturaleza del empleo de comisario de familia, dispuso:

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". (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

De acuerdo con la norma anterior, el cargo de Comisario de Familia será clasificado como un empleo del nivel directivo a partir del 4 de agosto de 2023, el cual cumple funciones de gran trascendencia, política, institucional y humana, dado que se trata de la garantía, protección y restablecimiento de los derechos prevalecientes de los menores de edad, ejerciendo autoridad administrativa.

Con fundamento en los criterios expuestos y para dar respuesta a su primer interrogante, tenemos que, como el comisario de familia ejerce jurisdicción y autoridad civil en el respectivo municipio donde su pariente en segundo grado de consanguinidad aspira a ser elegido alcalde, en criterio de esta Dirección Jurídica se configuraría la inhabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 modificado por la Ley 617 de 2000, si su pariente no presenta renuncia a su cargo con una antelación no menor a 12 meses antes de la fecha de elección.

Respecto de su segundo interrogante, toda vez que se trata de una servidora de la empresa social del estado del municipio, que ejerce labores como auxiliar de enfermería⁴ y no maneja recursos; no se configurarían los presupuestos para que le genere impedimento o inhabilidad a su esposo para aspirar a la alcaldía del mismo municipio, de acuerdo con los elementos que han sido desarrollados en el presente concepto.

Por último, 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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/HHS

11602.8.4

¹ "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios".

² "Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional".

³ “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”.

⁵ Empleo del nivel asistencial, los cuales comprenden “empleos cuyas funciones implican el ejercicio de actividades de apoyo y complementarias de las tareas propias de los niveles superiores o de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución” (Artículo 4 del Decreto 785 de 2005).

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 14:16:12