



# Concepto 130451 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000130451

Fecha: 31/03/2023 09:22:52 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: Empleo / Retiro del Servicio

RADICADO: 20232060115322 del 20 de febrero de 2023.

Respetado señor, reciba cordial saludo.

Acuso recibo de su comunicación, a través de la cual consulta lo siguiente: “¿De acuerdo a lo que establece el art 11 de la Ley 2126/2021, donde el cargo de comisario (a) de familia será de nivel directivo con periodo fijo de cuatro (4) años, contándose desde el primero (1) de enero del segundo (2) año de periodo del Gobierno Municipal, me pueden retirar del cargo de Comisario de Familia en provisionalidad a partir del 5 agosto 2023?”

En base a su consulta, me permito manifestarle lo establecido por la Ley 2126 de 2021 para su desarrollo:

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

Ahora bien, el Decreto 1083 de 2015 establece:

*"ARTÍCULO 2.2.5.3.4 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".*

Respecto del retiro de los empleados vinculados mediante nombramiento provisional la Corte Constitucional mediante sentencia de Sala Plena, 16 de noviembre de 2010, SU-917 de 2010, [MP Jorge Iván Palacio Palacio], consideró lo siguiente respecto la motivación que debe contener los actos administrativos que emita la administración y permitan el derecho de contradicción del administrado para declarar la insubsistencia de un empleado vinculado mediante provisionalidad, a saber:

"En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos son, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

(...)

Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.

(...)

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". (Subrayado fuera del texto original).

De conformidad con lo anterior y el criterio expuesto por la Corte Constitucional, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede mediante la expedición de acto administrativo motivado a efectos que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula, de manera que pueda si es su deseo ejercer su derecho de contradicción con base en causales que consisten en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas legalmente aceptadas, como lo son las 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 las cosas, una vez se dé el cambio de naturaleza de los empleos de comisarios de familia y los concursos correspondientes, se podrá dar el retiro de los empleados vinculados mediante nombramiento provisional, en los términos de la norma y la jurisprudencia de la Corte

Constitucional.

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.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:50:19*