



# Concepto 203021 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20236000203021\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000203021

Fecha: 25/05/2023 04:05:57 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Comisario de Familia. Naturaleza del empleo. RAD. 20232060280142 del 11 de mayo de 2023.

Reciba un atento saludo por parte de Función Pública. En la comunicación de la referencia, solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

Según la Ley 2126 de 2021, los nuevos cargos en la Comisaría de Familia deben proveerse a partir del próximo 4 de agosto del presente año. ¿Es posible hacer los nombramientos de carrera administrativa estando ya en vigencia las restricciones de la Ley de Garantías? Con respecto a la asignación salarial del Comisario de Familia, siendo el empleo de carrera administrativa y no de período fijo por la antigüedad de la actual funcionaria, ¿debemos cancelar su salario según la actual escala salarial? O es necesario modificarla para dar aplicación al parágrafo 1° del artículo 11 de la ley 2126. ¿Cuándo será modificado el Decreto 785 de 2005, teniendo presente que dicha norma no contempla los códigos del empleo de Comisario de Familia del nivel Directivo ni el que el artículo 8° de la Ley denomina Secretario de Despacho, refiriéndose al abogado de dicha dependencia?

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

Respecto al cargo de Comisario de Familia, la Ley 2126 de 2021, *“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”*, indica:

“ARTÍCULO 8°. Composición del equipo interdisciplinario. Toda Comisaría de Familia deberá contar con un equipo interdisciplinario que garantice una atención integral y especializada a las personas usuarias de sus servicios. El equipo interdisciplinario estará conformado como mínimo por un(a) abogado(a) quien asumirá la función de secretario de despacho, un(a) profesional en psicología, un(a) profesional en trabajo social o desarrollo familiar, y un(a) auxiliar administrativo.

Podrán crearse equipos de apoyo de practicantes de pregrado de carrera técnica, tecnológicas y profesionales afines a las funciones de las Comisarías de Familia. Las prácticas podrán ser remuneradas.

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, solo 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 ss. 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.

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."

El citado artículo, fue modificado por el artículo 83 de la Ley 2294 del 19 de mayo de 2023, , en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 83°. Sustitúyase el artículo 11 de la Ley 2126 de 2021, el cual quedará así:

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 profesional en el mayor grado dentro de la estructura de la entidad a la que pertenezca, estos se clasifican como Empleo de carrera administrativa, para su creación y provisión se seguirá el procedimiento señalado en la Constitución y en la Ley de carrera administrativa, para su creación y provisión se seguirá el procedimiento señalado en la Constitución y en la Ley de carrera administrativa a través de concurso de méritos desarrollado por la Comisión Nacional del Servicio Civil. El Comisario o comisaria fungirá como Jefe de Despacho bajo los principios de autonomía e independencia, como autoridad administrativa en ejercicio de funciones jurisdiccionales."

Así las cosas, el empleo de Comisario de Familia continúa siendo del nivel profesional y, por lo tanto, las consultas relacionadas con su salario ya no tienen aplicación.

La vigencia de la norma sobre estos aspectos, sigue siendo a partir de los 2 años de la entrada en vigencia de la Ley 2126 de 2021. Por lo tanto, a partir de la vigencia de la Ley 2126, es decir, el 4 de agosto de 2023, la administración deberá proveer el empleo de Comisario de Familia de acuerdo a su naturaleza, (del Nivel Profesional), de acuerdo con las normas de carrera administrativa.

Respecto a la Ley de Garantías, es importante tener en cuenta que la Ley 996 de 2005, consagró en los artículos 32, 33 y 38, Parágrafo, lo siguiente:

"ARTÍCULO 32. Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente.

PARÁGRAFO . Para efectos de proveer el personal supernumerario que requiera la Organización Electoral, la Registraduría organizará los procesos de selección y vinculación de manera objetiva a través de concursos públicos de méritos". (Subrayado fuera de texto)

"ARTÍCULO 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

(...)

PARÁGRAFO. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

(...)

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa.” (Subrayado fuera de texto)

En relación con el alcance de esta prohibición, el Consejo de Estado, mediante concepto número 2366 del 20 de febrero de 2018 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Óscar Darío Amaya Navas, respecto a la prohibición contenida en el Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, señaló:

“En lo que respecta a la Sala de Consulta y Servicio Civil, esta indicó en el año 2013:

*“...el inciso cuarto del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 establece como una de las salvedades o excepciones a la prohibición de modificar la nómina dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de la muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada”. La expresión “por faltas definitivas” que trae la norma no se limita tan solo a la muerte o renuncia del funcionario, sino que se refiere a todas aquellas situaciones en las cuales se autoriza, en palabras de la Corte Constitucional, “proveer un cargo por necesidad del servicio toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo”, caso en el cual “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”.*

*En el caso concreto, las palabras “falta definitiva” no encuentran definición en la ley, razón por la cual es menester acudir al uso general de las mismas palabras empleadas por el legislador (6). De conformidad con su entendimiento natural y obvio (7), la “falta definitiva” es sinónimo de vacancia del cargo o empleo y, por ende, de la función que le correspondía, por cuenta de alguna causa. En el evento materia de análisis se trata de su ausencia definitiva por expiración del periodo fijo previsto en los artículos 8 y 9 de la ley 1474 de 2011”11. (Subrayas fuera del texto).*

Posteriormente, en el año 2014 la Sala consideró lo siguiente:

*“De los apartes transcritos de la sentencia de la Corte Constitucional se pueden extraer los siguientes elementos de análisis sobre la limitación a la provisión de cargos:*

- 1) Determinó que la finalidad de la restricción es impedir que las vinculaciones se hagan para buscar favores políticos en las contiendas electorales.*
- 2) Fijó el alcance de las excepciones a la norma restrictiva en relación con dos elementos: la protección de los intereses públicos y el cumplimiento de los fines del Estado.*
- 3) Estableció una connotación especial a la expresión “afecte” la nómina estatal, en el sentido de limitarla a la imposibilidad de creación de nuevos cargos y a la provisión de estos.*
- 4) Salvaguardó de la restricción las situaciones tales como la renuncia, licencia o muerte y ligó la provisión de los cargos en estas circunstancias a la condición de ser indispensables para el cabal funcionamiento de la administración pública.*

*(...)*

*Los artículos 32 y el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, ordenan suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal en la Rama Ejecutiva del Poder Público, y prohíben modificar la nómina de las entidades territoriales dentro del período preelectoral o época de campaña, respectivamente.*

*Estas restricciones o limitaciones se aplican tanto para la creación de nuevos cargos como para la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia o muerte o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, casos en los cuales pueden proveerse siempre y cuando sean “indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública”. Igualmente, es posible proveer dichos cargos en cumplimiento de las normas de carrera administrativa.*

*Además, con independencia de que el cargo que se pretenda proveer hubiese quedado vacante antes o después de que empiecen a correr los términos de las restricciones de la ley de garantías electorales, el funcionario nominador podrá proveerlo para evitar la afectación del servicio público, si resulta indispensable para la buena marcha de la administración.*

*El criterio para proveer las vacantes en las plantas de personal por renuncia, licencia o muerte, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, según el caso, únicamente está condicionado a que los cargos resulten “indispensables” para el cabal funcionamiento de la administración pública, o se requiera dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, y no al nivel jerárquico en el cual se encuentre el empleo a proveer”12. (Subrayas fuera del texto).*

*Como puede observarse de la ley y de la jurisprudencia, la provisión de cargos vacantes después de la entrada en vigencia de las restricciones de la Ley 996 de 2005 puede llevarse a cabo en ciertos casos para solventar situaciones derivadas por muerte, renuncia o por cualquier otra causa legal que produzca la vacancia*

(...)

Así, se observa que el inciso final del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 exceptúa, de la prohibición de modificar la nómina estatal, impuesta a los servidores públicos durante los cuatro meses anteriores a las elecciones populares, aquellos casos en que deban proveerse cargos *“por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa”* (se resalta).

Esta disposición, aplicada a la situación de hecho concreta planteada en la consulta, podría tener, entre otras, dos interpretaciones, en principio aceptables:

(i) Que al ser dicha norma de carácter exceptivo, es también de interpretación restrictiva y, por lo tanto, los casos allí enunciados son taxativos. Así, al no estar prevista la situación del nuevo Alcalde de Yopal, en relación con la conformación de su equipo de trabajo más cercano (secretarios de despacho y directores de departamento administrativo), pues los funcionarios nombrados por el alcalde anterior continúan todavía en sus cargos, no puede aplicarse la salvedad mencionada, ergo el mandatario local no puede remover a dichos servidores ni designar sus reemplazos durante el período de aplicación de la *“Ley de Garantías Electorales”*; o

(ii) Que la disposición señalada no es taxativa en cuanto a las causales de falta o vacancia definitiva que menciona, tal como lo ha considerado previamente la jurisprudencia y la doctrina, por lo cual la respectiva excepción puede aplicarse a otros casos similares, como el retiro de un servidor público por vencimiento de su período, por destitución (como sanción disciplinaria) o por remoción, debidamente justificada, entre otras circunstancias, tal como lo dijo, para este último caso, la Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias antes referidas. A este último caso correspondería la situación del nuevo Alcalde de Yopal, ya que las normas constitucionales y legales que se han citado en este concepto le permitirían válidamente conformar inmediatamente su equipo de gobierno, con personas cercanas y afines a su ideología y a sus propuestas, para cumplir eficazmente con su programa de gobierno, dentro del período para el cual fue elegido.

De estas dos interpretaciones de la norma citada (párrafo del artículo 38 de la Ley 996), la primera resultaría inconstitucional y contradictoria con otras disposiciones del mismo nivel jerárquico, pues llevaría a concluir que un alcalde elegido y posesionado durante el período de veda impuesto por la Ley de Garantías Electorales no podría, durante ese mismo lapso, conformar su equipo de gobierno, integrado por sus más cercanos colaboradores, con el fin de empezar a ejecutar inmediatamente su programa de gobierno, al cual se comprometió públicamente frente a sus votantes, sino que debe conformarse con esperar a que pasen las elecciones (hasta la segunda vuelta presidencial, si la hubiere), para iniciar el cumplimiento de dicho programa, o bien gobernar con los funcionarios designados por el mandatario anterior, y tratar de que estos ejecuten sus políticas, programas y proyectos, aunque no sean personas de su confianza, o no compartan su visión e ideología política, o programa de gobierno.

En esa medida, dicha hermenéutica no resultaría plausible, pues se opondría, no solo a otras disposiciones del mismo nivel, es decir, legales, como aquellas que regulan la facultad de los alcaldes elegidos popularmente para conformar su equipo de gobierno con personas de su confianza y de libre nombramiento y remoción (por ejemplo, los artículos 84, 91 y 92 de la Ley 136 de 1994, modificada por la Ley 617 de 2000, entre otras), así como las que desarrollan la figura del voto programático (Ley 131 de 1994), sino también a cánones superiores, de orden constitucional, como los artículos 259 (voto programático) y 315, numeral 331 (funciones de los alcaldes). Adicionalmente, dicha interpretación, que sin lugar a dudas busca proteger algunos principios y valores constitucionales, como la pureza del sufragio, la transparencia e imparcialidad de las elecciones, y la transparencia y moralidad de los funcionarios administrativos, entre otros, resultaría contraria a varios principios y valores constitucionales, como el principio democrático a nivel local, la soberanía popular, la autonomía territorial de los municipios y la eficacia de la gestión administrativa de las autoridades municipales.

En cambio, la interpretación por la cual se prohíja, limitada, claro está, a la situación de hecho concreta y precisa que se describe en la consulta, resulta armónica con las normas constitucionales y legales citadas, y no contraviene ninguno de los dos grupos de principios y valores constitucionales que se mencionan. En efecto, no puede presumirse que la remoción de los secretarios de despacho y de los directores de los departamentos administrativos, que haga el primer mandatario, y su reemplazo por personas de su entera confianza y que compartan su ideario político y su programa de gobierno, constituya una conducta arbitraria, poco transparente, parcializada y dirigida a favorecer a los candidatos que participan en las elecciones parlamentarias o en el proceso electoral para Presidente y Vicepresidente de la República, pues el hecho de que el alcalde haya sido elegido por fuera del calendario electoral ordinario y, además, en vigencia de las restricciones impuestas por la Ley 996 de 2005, constituye, en sí misma, una situación excepcional e imprevista, y la necesidad que dicho mandatario tiene de conformar su equipo de gobierno y empezar a ejecutar rápida y eficazmente su programa político constituye, por sí misma, una justificación objetiva y válida desde el punto constitucional. Lo contrario, es decir, afirmar que la remoción y la sustitución de los funcionarios referidos busca un propósito diferente, como el de interferir en las elecciones, es algo que tendría que probarse en el caso concreto.”

Del pronunciamiento del Consejo de Estado, podemos extraer las siguientes premisas:

La expresión *“por faltas definitivas”* que trae la norma no se limita tan solo a la muerte o renuncia del funcionario, sino que se refiere a todas aquellas situaciones en las cuales se autoriza, en palabras de la Corte Constitucional, *“proveer un cargo por necesidad del servicio toda vez que quien lo desempeñaba no está en capacidad de seguirlo haciendo”*.

Estas restricciones o limitaciones se aplican tanto para la creación de nuevos cargos como para la provisión de los mismos, salvo que se trate de solventar situaciones tales como renuncia o muerte o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, casos en los cuales pueden proveerse siempre y cuando sean *“indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública”*.

El criterio para proveer las vacantes en las plantas de personal por renuncia, licencia o muerte, o cualquier otra causa legal que genere la vacancia definitiva del cargo, según el caso, únicamente está condicionado a que los cargos resulten “indispensables” para el cabal funcionamiento de la administración pública, o se requiera dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, y no al nivel jerárquico en el cual se encuentre el empleo a proveer.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección concluye lo siguiente:

El cargo de Comisario de Familia continuará siendo del Nivel Profesional. En tal virtud, el salario será el que se le venía reconociendo. Uno de los integrantes del Grupo del Comisario de Familia, debe tener la profesión de abogado, pero, como señaló el artículo 83 de la Ley 2294, será de carrera administrativa.

Si la entidad territorial estima que los cargos que integran el Grupo del Comisario de Familia son “indispensables para el cabal funcionamiento de la Administración Pública”, podrá efectuar los nombramientos aun en el período de vigencia de la Ley de Garantías.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”:

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó y aprobó Armando López Cortés

11602.8.

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:29:08