



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000339111

Fecha: 09/08/2023 08:16:50 a.m.

Bogotá D.C.

Señora

ALEJANDRA GORDILLO GÓMEZ

alejandra.go.supia@gmail.com

alcaldia@supia-caldas.gov.co

REF. PROVISION DE EMPLEOS EN LEY DE GARANTIAS.- Rediseño institucional durante la aplicación de la Ley de Garantías Electorales. **RAD. 20232060759622** del 3 de agosto de 2023.

Respetada señora, reciba un cordial saludo

En atención a su comunicación con el número de la referencia, mediante la cual consulta en relación con la pertinencia de efectuar un rediseño institucional durante la aplicación de la ley de garantías electorales, para dar cumplimiento a la Ley 2126 de 2021 y la Ley 2294 de 2023, particularmente en lo relacionado con ubicar el cargo de comisario de familia en el nivel directivo y la provisión del equipo interdisciplinario de que trata la norma, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

- **Naturaleza jurídica del empleo de comisario de familia:**

El artículo 125 de la Constitución Política establece que los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa, con excepción de los de elección popular, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Así mismo, los empleos de carrera administrativa se proveen mediante nombramiento en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas por el sistema de mérito, es decir, que el ingreso, el ascenso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección abiertos para todas las personas que acrediten los requisitos para su desempeño, garantizando la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

Ley 575 de 2000

Respecto de la naturaleza jurídica del empleo de comisario de familia, la Ley 575 de 2000¹, establece:

“ARTÍCULO 13. El artículo 30 de la Ley 294 de 1996 quedará así:

***ARTÍCULO 30.** Los municipios que no hayan dado cumplimiento a lo previsto en el artículo 295 del Código del Menor, dispondrán de un año, contado a partir de la fecha de vigencia de la presente ley, para crear y poner en funcionamiento por lo menos una Comisaría de Familia que cuente con el equipo interdisciplinario del que habla el artículo 295, inciso 2°, del Código del Menor.*

***PARÁGRAFO.** A partir de la vigencia de esta ley los Comisarios de Familia serán funcionarios de Carrera Administrativa.”*

Así las cosas, de lo anterior se concluye que, en el marco de lo previsto en la Ley 575 de 2000 el cargo de comisario de familia son considerados de carrera administrativa, y en consecuencia, su vinculación deberá efectuarse por medio de concurso de méritos y la superación del correspondiente período de prueba.

Ley 2126 de 2021.

También es importante mencionar que la Ley 2126 de 2021, por la cual se regula la creación, conformación y funcionamiento de las comisarías de familia, respecto a la naturaleza del empleo de comisario de familia, refiere:

“Artículo 11. Naturaleza de los empleos, selección y vinculación del personal de las comisarías de familia. (Sustituido por el artículo 83 de la Ley 2294 de 2023). 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 período 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 adicione.*

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.

¹ Por medio de la cual se reforma parcialmente la Ley 294 de 1996

(Su entrada en vigencia será el 4 de agosto de 2023 de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de esta ley)

(...)

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.” (Subrayado y negrilla fuera del texto)

De acuerdo con lo consagrado en dicha Ley, a partir del 4 de agosto del año 2023, el empleo de comisario de familia, pasará de ser un empleo de carrera administrativa de nivel profesional, a ser un empleo de nivel directivo que tendrá un período institucional de cuatro (4) años, el cual comenzará a contarse al cumplirse el segundo año de posesión del Alcalde.

Así mismo, el parágrafo 3 de artículo transcrito, señala que los comisarios de familia que acrediten derechos de carrera administrativa cuyo cargo sea declarado de nivel directivo como lo dispone esa Ley, conservarán los derechos de carrera mientras permanezca en él; así como también dispone que continúen los procesos de selección que se encuentren en curso y sólo en el evento de que se declare desierto, el nombramiento se realizará de acuerdo con lo establecido en ese artículo.

Ley 2294 de 2023.

De otra parte, el artículo 83 de la Ley 2294 de 2023² determina lo siguiente:

“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 COMISARIAS DE FAMILIA. *Los empleos creados o que se creen para integrar el equipo de trabajo interdisciplinario de las Comisarias 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 territorial a la que pertenezca, estos se clasifican como Empleos 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.”

² “POR EL CUAL SE EXPIDE EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2022- 2026 “COLOMBIA POTENCIA MUNDIAL DE LA VIDA”.

De acuerdo con lo previsto por el Legislador, se modifica la naturaleza del empleo comisario de familia, por lo que en adelante se considera como de carrera administrativa y por consiguiente, su vinculación deberá ser adelantada en la forma que establece la Constitución y la ley.

En este orden de ideas, en el caso que se haya adelantado un estudio técnico para adelantar el rediseño institucional de la alcaldía municipal en aras de dar cumplimiento a lo previsto por el Legislador, se deberá tener en cuenta que, en el marco jurídico actual, el empleo de comisario de familia es de carrera administrativa del nivel profesional.

Por lo anterior, esta Dirección Jurídica considera que si actualmente el empleo está provisto con un empleado provisional, es porque el empleo ya está creado dentro de la planta de personal de la entidad y lo que debe adelantarse es el respectivo concurso para que la provisión definitiva se realice acatando los postulados constitucionales, según los cuales, todo empleo de carrera administrativa, debe ser provisto con el ganador del concurso de méritos; es de anotar, que el nombramiento de la persona que gane el concurso, generará la desvinculación del empleado que se encuentra nombrado en provisionalidad.

Provisión de empleos en ley de garantías electorales.

La Ley 996 del 24 de noviembre de 2005, por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones, denominada también ley de garantías, establece limitaciones a la vinculación de personal por las entidades, señalando 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. (...)

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 y negrilla fuera de texto)

Estas restricciones aplican a la Rama Ejecutiva del Poder Público de los sectores central y descentralizado del nivel nacional y de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas.

De igual forma, es importante remitirse a lo expresado por la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del referido artículo 32 de la citada Ley mediante sentencia C-1153/05 del 11 de noviembre de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, 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". (Negrilla y subrayado fuera de texto)

A su vez, el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con radicación No. 1.839 (1001-03-06-000-2007-00061-00) del 26 de julio de 2007, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, indica:

"En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 123 Constitucional, los destinatarios de las prohibiciones contenidas en los citados numerales de la norma en comento, son los miembros de corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, en tanto, éstas son de carácter general. Mientras que, las restricciones del párrafo son temporales y están dirigidas a unos sujetos o destinatarios específicos: "los Gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital", con el de fin evitar que utilicen los recursos, la burocracia y en general los medios que poseen en razón de sus cargos para romper el equilibrio entre los candidatos a las diferentes corporaciones o cargos del nivel territorial.

En consecuencia, los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones, no podrán modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad, es decir, incorporar, ni desvincular a persona alguna de la nómina departamental, municipal o de las empresas descentralizadas.

Como tampoco, podrá modificarse la nómina de las entidades o empresas en las cuales, éstos participen como miembros de sus juntas directivas.

(...)

A partir de la naturaleza jurídica de las empresas sociales del Estado y del carácter de servidores públicos que tienen las personas que a ellas se vinculan, considera la Sala que la ley 996 de 2005, les resulta plenamente aplicable y como destinatarios que son del régimen de prohibiciones preelectorales contenido en el artículo 38 ibídem, les está vedado realizar las conductas descritas en los numerales 1°, 2° y 3° de dicha norma." (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con las normas y jurisprudencia anteriormente citadas, se prohíbe la modificación de la nómina de las entidades del nivel territorial de la Rama Ejecutiva durante los cuatro meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular.

Tal como lo señala la Corte Constitucional en sentencia C-1153 del 11 de noviembre de 2005, se entiende 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, sin que se encuentre prohibida la aplicación de las normas de carrera administrativa.

En ese sentido, se considera que se encuentra 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 y en el caso que se requiera dar estricto cumplimiento a una Ley de la República.

De acuerdo con lo expuesto, respecto a las restricciones y prohibiciones consagradas en los artículos 32 y 38 de la Ley 996 de 2005, se colige que las mismas se encaminan a restringir la modificación de la nómina de la entidad.

Ahora bien, como quiera que de conformidad con lo previsto en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, arriba transcrito, se colige que no se encuentra restringida la aplicación de las normas de carrera administrativa, en consecuencia y en virtud de lo previsto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, se colige que en el caso de vacancias temporales o definitivas en empleos de carrera administrativa, la administración podrá encargar a un empleado con derechos de carrera para que cumpla las funciones del mismo.

Se precisa que en virtud de las restricciones de modificación de la nómina contenidas en la Ley 996 de 2005 no es procedente la modificación de la planta de personal de la entidad, salvo que se trate de la aplicación de las normas de carrera administrativa, o que la provisión del cargo sea indispensable para el cumplimiento de las funciones a cargo de la entidad.

Por lo anterior, se tiene que la prohibición contenida en la Ley 996 de 2005 se encamina a la creación o supresión de empleos, por consiguiente, la entidad podrá adelantar el estudio técnico que permita el rediseño de la entidad, siempre que no se creen ni supriman empleos durante la aplicación de la ley de garantías; es importante tener en cuenta que un rediseño institucional puede darse sin suprimir ni crear empleos.

Finalmente, se reitera que en el caso que se haya adelantado un estudio técnico para adelantar el rediseño institucional de la alcaldía municipal en aras de dar cumplimiento a lo previsto por el Legislador, se deberá tener en cuenta que, en el marco jurídico actual (Ley 2294 de 2023), el empleo de comisario de familia es de carrera administrativa del nivel profesional.

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

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

Proyectó: Harold Herreño
Revisó y aprobó: Armando López Cortés
11602.8.4