



Función Pública

Concepto 296801 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

sadhagsdhagsdhagdhagdhgdhagsf

20206000296801

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000296801

Fecha: 08/07/2020 11:47:20 a.m.

Bogotá

REF. EMPLEOS. ¿La asignación de funciones de un empleo de libre nombramiento y remoción en un empleo de carrera administrativa cambia su naturaleza jurídica? Radicado 20209000238432 del 08 de junio de 2020.

En atención a su consulta contenida en el oficio de la referencia, en el cual consulta si a la persona nombrada provisionalmente como técnico administrativo, al asignarle funciones de tesorero, le pueden declarar la insubsistencia de su nombramiento, me permito manifestarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar respecto de la naturaleza jurídica del empleo de tesorero lo siguiente:

EL ARTÍCULO 125 de la Constitución Política de Colombia establece:

ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. (É)

De acuerdo con lo anterior, los empleados públicos que prestan sus servicios al Estado son por regla general, de carrera, y excepcionalmente de elección popular, de libre nombramiento y remoción y trabajadores oficiales, entre otros, de acuerdo con lo que determine la ley.

Con respecto a los empleos de libre nombramiento y remoción, 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, consagra:

ARTÍCULO 5^º. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

Ó(É)Ó

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

(É)

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado; (Subrayado fuera de texto)Ó.

De conformidad con lo anterior, tienen la naturaleza de libre nombramiento y remoción aquellos empleos que obedezcan a alguno de los otros criterios señalados en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004. Para la provisión de dichos empleos, debe realizarse un nombramiento ordinario.

Respecto a los empleos que implican administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado, resulta pertinente tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C-306 de 1995, respecto del numeral 5^º del artículo 4^º de la Ley 27 de 1992, que dispone que son de 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. (Resaltado fuera de texto)

De otro lado, la Comisión Nacional del Servicio Civil en el año de 1993, en relación con lo previsto en el artículo 4^º de la ley 27 de 1992, que estableció como de libre nombramiento y remoción en el nivel territorial, "Los empleados que administren fondos, valores y/o bienes oficiales y que para ello requieran fianza de manejo" (n.ºm. 5.), conceptuó lo siguiente:

"(...) Situación diferente ocurre con la expedición de la ley 27 de 1992, que en su artículo 4^º y exclusivamente para el nivel territorial dispuso una nueva clasificación a la consagrada para el nivel nacional (ley 61 de 1987).

En cuanto a los empleos de manejo la ley es muy clara al establecer que en el nivel territorial serán de libre nombramiento y remoción los empleados que administren fondos, valores y/o bienes oficiales. No obstante, lo anterior, para determinar si un empleo, cuyas funciones de acuerdo con el respectivo manual consisten en administrar fondos, valores y/o bienes oficiales, para cuyo ejercicio se requiere la constitución

de fianza de manejo, es de libre nombramiento y remoción, es preciso entrar a definir el grado de responsabilidad de quienes los desempeñan, puesto que no todos los que tienen fianza de manejo administran fondos, bienes o valores estatales. En cambio, todos los que administran bienes y/o valores públicos requieren constituir fianza.

Existen empleos a cuyos titulares se les exige fianza de manejo, aunque no tienen las funciones de administrar valores o bienes, simplemente ayudan en el cuidado de éstos o colaboran con el administrador, como ocurre con los celadores, vigilantes, empleados a quienes se les asigna dentro de sus funciones el manejo de una caja menor, auxiliares de tesorería, de recaudaciones, de almacenes o expendedores de especies venales. Otros, por el contrario, tienen bajo su responsabilidad la administración directa de esos bienes, como ocurre con los tesoreros, recaudadores, pagadores y almacenistas, quienes necesariamente deberán tener fianza de manejo y estarán por fuera de la carrera administrativa. Pero quien habiendo constituido fianza solamente colabora con aquellos empleados responsables de la administración de bienes y/o valores, deberán ser de carrera administrativa. De ahí que el criterio para determinar si un empleo es de esta naturaleza, independientemente de la denominación que tenga el cargo, es de carrera o de libre nombramiento y remoción es la administración y no la fianza. (Subrayas fuera de texto).

En relación con lo anterior, el criterio general para que un empleo que tiene funciones de manejo de bienes y dineros del Estado sea clasificado como de libre nombramiento y remoción debe estar relacionado con el manejo directo de los mismos, y de tener la obligación de constituir fianza de manejo; reunidos estos dos requisitos, quienes ostenten un empleo de estas características estarán por fuera de la carrera administrativa.

Así las cosas, de conformidad la jurisprudencia y con el Concepto emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, tienen bajo su responsabilidad la administración directa de esos bienes y/o valores del estado los tesoreros, recaudadores, pagadores y almacenistas, quienes necesariamente deberán tener fianza de manejo; estos empleos de conformidad con el literal c del numeral 2do del artículo 5 de la Ley 909 de 2005 se clasifican como de libre nombramiento y remoción.

En el caso concreto, se pone de presente la situación de un servidor público nombrado provisionalmente y a quien se le asignaron funciones de tesorero y se pregunta si por esta situación pierde la calidad de funcionaria vinculada en un cargo de carrera y pasa a ser de libre nombramiento y remoción, resulta necesario realizar las siguientes precisiones:

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con los antecedentes por ustedes mencionados, la empleada que ejerce funciones de tesorera fue nombrada con carácter provisional, para lo cual es necesario resalta que la naturaleza del empleo que implique la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado, se encuentra definida en el artículo 5 de la ley 909 de 2004, como de libre nombramiento y remoción.

Para el presente caso, la entidad debió proveer el citado empleo mediante nombramiento ordinario, por recaer en un cargo clasificado como de libre nombramiento y remoción.

Respecto de la asignación de funciones, se presentan las siguientes consideraciones:

La asignación de funciones es una figura a la que puede acudir la administración cuando surjan funciones adicionales que por su naturaleza puedan ser desempeñadas por empleados vinculados a los cargos de la planta de personal de la entidad, sin que se transforme el empleo de quien las recibe, o cuando la entidad necesita que se cumpla con algunas de las funciones de un cargo, pero siempre que las mismas tengan relación con las del cargo al que se le asignan.

De acuerdo con lo anterior, se considera pertinente que a un empleado se asignen funciones adicionales a las consignadas para su empleo en el manual específico de funciones y de competencias laborales, siempre que estas se encuentren circunscritas al nivel jerárquico, naturaleza jerárquica y área funcional del empleo.

Cabe señalar, que esta figura no tiene una reglamentación para determinar por cuánto tiempo se pueden asignar las funciones adicionales a un

empleado, ni cuñtas funciones se le pueden asignar, siempre y cuando no se desnaturalice el cargo que desempeña.

En consecuencia, ademñs de lo establecido en el manual especñfico de funciones y requisitos de la entidad para el empleo del cual es titular, es viable que a los empleados pœblicos se les asignen otras funciones, dentro de los lñmites que establece la Constituciñn y la ley, siempre que se ajusten a las fijadas para el cargo; lo contrario conllevaría a desnaturalizar la finalidad para la cual ĩste se creñ.

Así las cosas, se considera procedente que a un empleado pœblico se le asignen funciones adicionales a las establecidas en el manual especñfico de funciones y de competencias laborales para el cargo del cual es titular, siempre que las funciones que se pretenden asignar, guarden relaciñn con el empleo del cual se es titular, con el fin de no desnaturalizar el empleo.

Por todo lo expuesto, es necesario concluir que a pesar de que al empleado nombrado provisionalmente en un empleo de carrera administrativa se le asignen funciones de un empleo de libre nombramiento y remociñn, esto no desnaturaliza dicho empleo y por tanto continœa siendo de carrera administrativa.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el retiro de empleados nombrados provisionalmente en empleos de carrera administrativa, se presentan los siguientes elementos:

La Ley 909 de 2004, establece:

ARTÍCULO 27. Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema tñcnico de administraciñn de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administraciñn pœblica y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio pœblico. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se harñ exclusivamente con base en el mñrito, mediante procesos de selecciñn en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminaciñn alguna.

De acuerdo con lo anterior, tenemos que existe la prohibiciñn constitucional y legal de ingresar a los cargos de carrera administrativa mediante procesos diferentes a los señalados en la Ley.

De conformidad con lo dispuesto en los artñculos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004 y las demñs normas que la reglamentan o adicionan, el nombramiento provisional es de carñcter transitorio y procede de manera excepcional, para proveer un empleo de carrera cuando en la respectiva planta de personal no existen empleados de carrera administrativa que cumplan con los requisitos y el perfil para ser nombrados mediante encargo.

En cuanto a la estabilidad, es pertinente precisar que el artñculo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 20152, señala que antes de cumplirse el tñrmino de duraciñn del nombramiento provisional, el nominador, por resoluciñn motivada, podrñ darlo por terminado.

La Corte Constitucional mediante sentencia T-326 del 3 de junio de dos mil catorce (2014), Magistrada Ponente, MARIA VICTORIA CALLE CORREA, al pronunciarse sobre la estabilidad del empleado vinculado con carñcter provisional, señalñ:

Los funcionarios pœblicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectœe su desvinculaciñn debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisiñn, lo cual constituye una garantía mñnima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.

Igualmente, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia SU 917 de 2010, al pronunciarse sobre el retiro de los empleados provisionales, considerñ:

El acto de retiro no s—lo debe ser motivado, sino que ha de cumplir ciertas exigencias m—nimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicci—n y demanda la nulidad del acto en los t—rminos del art—culo 84 del CCA. Lo contrario significar—a anteponer una exigencia formal de motivaci—n en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisi—n cu—les son las razones de una decisi—n administrativa dif—cilmente podr— controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de Òraz—n suficienteÓ en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde Òdeben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan v—lidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculadoÓ. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporaci—n, Òpara que un acto administrativo de desvinculaci—n se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cu—les son las razones por las cuales se prescindir— de los servicios del funcionario en cuesti—nÓ.

En este orden de ideas, s—lo es constitucionalmente admisible una motivaci—n donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisi—n definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de m—ritos respectivo, la imposici—n de sanciones disciplinarias, la calificaci—n insatisfactoria Òu otra raz—n espec—fica atinente al servicio que est— prestando y deber—a prestar el funcionario concretoÓ.

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivaci—n de los actos administrativos no puede conducir, en la pr—ctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparaci—n terminar—a por ser, parad—jicamente, contraria al esp—ritu de la Constituci—n de 1991 en materia de funci—n p—blica. Siendo ello as—, la motivaci—n que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constituci—n consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realizaci—n de los principios que orientan la funci—n administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables emp—ricamente, es decir, con soporte f—ctico, porque de lo contrario se incurrir— en causal de nulidad por falsa motivaci—n. En este sentido, como bien se—ala la doctrina, Òla Administraci—n es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elecci—n y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundadosÓ. (Subrayas fuera de texto).

Por su parte, el Ministerio de Trabajo y este Departamento Administrativo, en la Circular Conjunta No. 0032 del 3 de agosto de 2012, sobre el retiro de los empleados provisionales, se—ala:

ÒDe conformidad con lo expuesto, y con el fin de evitar reclamaciones a la Administraci—n P—blica, 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 duraci—n del t—rmino del nombramiento provisional o el de su pr—rroga no son motivos suficientes para el retiro del personal provisional, en cuanto esta situaci—n no est— 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 prelaci—n para la provisi—n definitiva de los empleos de carrera establecidos en la Ley 909 de 2004 y los decretos reglamentarios.Ó

De conformidad con lo dispuesto en el art—culo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010, la terminaci—n del nombramiento provisional o el de su pr—rroga, procede por acto motivado, y s—lo es admisible una motivaci—n donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisi—n definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de m—ritos respectivo, la imposici—n de sanciones disciplinarias, la calificaci—n insatisfactoria u otra raz—n espec—fica atinente al servicio que est— prestando el servidor.

En este orden de ideas y respondiendo puntualmente su interrogante, el hecho de que a un empleado nombrado provisionalmente se le asignen funciones de un empleo de libre nombramiento y remoción, no cambia su naturaleza jurídica, razón por la cual el retiro del empleado se podrá hacer teniendo en cuenta las consideraciones señaladas.

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 <http://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 emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÍPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/ALC

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:29:04