



Concepto 305781 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000305781

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000305781

Fecha: 13/07/2020 04:59:57 p.m.

Bogotá D.C.,

REFERENCIA: EMPLEO- Empleo de libre nombramiento y remoción. Contrato de Prestación de servicios. RAD. 20202060247232 del 12 de junio de 2020.

Por medio del presente, y en atención a su consulta, en la cual solicita se le informe cuál es el debido proceso para realizar el cambio de un puesto de libre nombramiento y remoción a uno de prestación de servicios. Me permito darle respuesta, teniendo en cuenta que a resolución de casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal. Por tanto, este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales sobre el empleo público y administración de personal. Sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado, competencia atribuida a los jueces de la república.

No obstante, a modo de orientación general, el artículo 125 de la Constitución Política consagra:

“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 (...).” (Subraya propia).

Así mismo, el artículo 5 de la Ley 909 de 2004 establece:

“Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

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

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

(...) En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial:

(...) b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

(...)En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial:

Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente; (...)

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;

f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.”

De acuerdo con la norma, por regla general los empleos en las entidades u organismos públicos son clasificados como de carrera administrativa y para determinar si un empleo se considera como de libre nombramiento y remoción, se deberá revisar cuidadosamente si el empleo objeto de estudio obedece a alguno de los criterios que la ley ha considerado para clasificarlo como de libre nombramiento y remoción, como son el pertenecer a empleos que se consideren de dirección, conducción y orientación institucionales; empleos que se encuentren adscritos al despacho de los empleados indicados en la norma transcrita; empleos cuyo ejercicio implique especial confianza; empleos cuyo ejercicio implique la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado; empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado etc.

En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, en caso de pertenecer a alguno de estos criterios, se considera que el empleo se clasifica como de libre nombramiento y remoción; por el contrario, en el caso que no se trate de un empleo que cumpla con estos criterios, se considera que el empleo se clasifica como de carrera administrativa; no obstante dicho análisis deberá realizarlo el interesado teniendo en cuenta las pautas que brinda la ley y que se han indicado en el presente concepto.

Ahora bien, en relación a los contratistas se rigen por las disposiciones de la Ley 80 de 1993, al respecto el artículo 32 define los contratos estatales, como:

“De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)3. Contrato de Prestación de Servicios. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. (...)” (Subraya propia)

Por lo tanto, las personas vinculadas mediante contrato de prestación de servicios no se encuentran dentro de una relación laboral, en ese sentido no son considerados servidores públicos, sino particulares contratistas, relación contractual que está regulada por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993 y demás normas sobre la materia.

Así mismo, el contrato de prestación de servicios solamente podrá celebrarse de manera temporal, cuando dichas actividades no puedan ser realizadas con personal de planta, las cuales se efectuarán dentro de un tiempo determinado, sin que, con el mismo se configure una relación laboral o haya lugar al pago de elementos salariales o prestacionales.

En conclusión, y ya que existe una gran diferencia entre el tipo de vinculación que supone el nombramiento en un cargo de libre nombramiento

y remoción y la contratación como contratista, porque en el primero existe una relación laboral y se considera que son servidores públicos, los segundos no generan ningún tipo de vínculo laboral y la relación se rige por las normas contractuales que regulan la materia.

Así mismo debe tenerse en cuenta que el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, es claro en señalar que para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.

Por lo anterior, si usted tiene una vinculación legal y reglamentaria y desea tener una vinculación contractual, deberá renunciar al cargo y si la entidad necesita sus servicios podrá celebrar un contrato de prestación de servicios siguiendo los principios y las normas del estatuto de contratación de la administración pública.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el COVID - 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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: Andrea Liz Figueroa

Revisó: José Fernando Ceballos

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:17:52