



Concepto 194501 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000194501

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000194501

Fecha: 01/06/2021 04:39:59 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: EMPLEO - Naturaleza del cargo - Clasificación - Contador. Radicado No. 20219000453042 de fecha 31 de mayo de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si: *“las funciones como Contador de la Institución Universitaria ITSA establecimiento público del orden Distrital. Determinándose si en realidad las funciones asignadas corresponden a los criterios del Artículo 5, numeral 2, literal c de la Ley 909 de 2004 propias de los empleados de libre nombramiento y remoción.”*; me permito manifestarle lo siguiente:

En primer lugar, es importante señalar que a este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir, definir y/o revisar situaciones particulares de las entidades y sus funcionarios, no obstante, de manera general expondremos lo siguiente.

El Artículo 125 de la Constitución Política establece que la regla general es 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, dispuso que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso se hará a través de la demostración del mérito.

Es decir, en virtud de la competencia establecida por la Constitución Política, en el sentido de que sólo la Ley puede determinar qué empleos son de libre nombramiento y remoción, la Ley 909 de 2004, en el Artículo 5º, consagra que los empleos de los organismos y entidades a los cuales se les aplica esta ley son de carrera y para efectos de la clasificación de empleos como de libre nombramiento y remoción, señala los criterios siguientes:

- a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así: (...).
 - 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.
- 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). <Literal adicionado por el Artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;
 - f) <Literal adicionado por el Artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. 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.”

Analizados los criterios establecidos en el Artículo 5º de la Ley 909 de 2004, para clasificar un empleo como de libre nombramiento y remoción, se evidencia que, entre dichos criterios, incluye los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.

Respecto a empleos que implican “administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado”, es pertinente tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional, respecto del numeral 5º del Artículo 4º de la Ley 27 de 1992, que disponía “Son 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 anterior Comisión Nacional del Servicio Civil en el año de 1993, conceptuó sobre lo previsto en el Artículo 4º de la ley 27 de 1992, el cual establecía 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” (num. 5.):

“(…)

Situación diferente ocurre con la expedición de la ley 27 de 1992, que en su Artículo 4º 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 desempeñen, 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).

Para que el supuesto previsto en el literal c) del numeral 2) del Artículo 5º de la Ley 909 de 2004 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.

De acuerdo con los parámetros legales, jurisprudenciales y el concepto de la Comisión Nacional del Servicio Civil, transcritos, en criterio de esta Dirección Jurídica; en el presente caso, la entidad, para determinar si el cargo de Contador al cual se refiere, es de libre nombramiento y remoción o no, deberá analizar las funciones asignadas al mismo, frente a dichos parámetros, y en el ejercicio de sus competencias, decidir cuál es la naturaleza del empleo, con lo cual determinara las acciones a seguir en cuenta a su provisión de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley 909 de 2004.

De otra parte, es oportuno resaltar que corresponderá a la entidad respectiva, determinar si el cargo objeto de consulta esta clasificado como de libre nombramiento y remoción, conforme a los parámetros normativos que sean dejado indicados.

Finalmente, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link “Gestor Normativo” donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos

emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: César Pulido.

Aprobó. José Fernando Ceballos.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:19:06