



Función Pública

Concepto 229041 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000229041

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000229041

Fecha: 24/06/2022 07:31:03 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEOS: ¿Es de libre nombramiento y remoción el empleo de una funcionaria que desempeñó el cargo de tesorera municipal? Radicación No. 20222060219882 del 26 de mayo de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si el empleo de tesorera municipal es de libre nombramiento y remoción, me permito indicarle que:

Sea lo primero señalar que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación, por lo tanto, no somos competentes para pronunciarnos sobre casos particulares; no obstante, nos permitimos de manera general manifestarle lo siguiente sobre el particular:

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.

(...)”

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. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera

administrativa, con excepción de:

"(...)"

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

(...)

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

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 del artículo 4 de la Ley 27 de 1992, que disponía 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 de la ley 27 de 1992, que 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" (núm. 5.), conceptuó lo siguiente:

"(...)

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

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 estará 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 2004 se clasifican como de libre nombramiento y remoción.

En relación con el retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción podemos traer de presente las causales de retiro consagradas en la Ley 909 de 2004;

"ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

(...)

d) Por renuncia regularmente aceptada;

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;

f) Por invalidez absoluta;

g) Por edad de retiro forzoso;

h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;

j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicione o modifiquen;

k) Por orden o decisión judicial;

l) Por supresión del empleo;

m) Por muerte;

n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

(...)

PARÁGRAFO 2. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado."

(Negritas fuera del texto)

Por su parte el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, estableció:

“ARTÍCULO 2.2.11.1.2. De la declaratoria de insubsistencia. En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el nominador de nombrar y remover libremente sus empleados.

En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña.”

Atendidas las normas transcritas, cobra importancia el concepto de facultad discrecional que tienen las autoridades administrativas para remover libremente a estos funcionarios; sobre el particular la Honorable Corte Constitucional mediante sentencia C-031 de 1995 -2, manifestó;

“Puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta no le está determinada previamente por la ley. A contrario sensu, hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinadas situaciones de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas.”

Así mismo la Ley 1437 de 2011, preceptuó en su artículo 44;

“ARTÍCULO 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.”

Se colige entonces, de los apartes normativos y jurisprudenciales que la facultad discrecional es la habilitación que hace la Ley a la administración para adoptar decisiones libres, atendiendo la prevalencia del interés general, sin desconocer los principios de proporcionalidad y finalidad de la Ley.

Ahora bien, por otro lado, es imperante manifestar que la renuncia tiene su desarrollo normativo en la Ley 909 de 2004, el Decreto-Ley 2400 de 1968 y el Decreto 1083 de 2015. En estas normas se expresa que esta causal de retiro consiste en la manifestación de la voluntad del empleado de separarse del cargo del cual es titular, por lo tanto, debe ser libre, espontánea, inequívoca y constar por escrito; en otras palabras, la renuncia es un acto unilateral, del servidor público, mediante el cual éste expresa su voluntad de dejar el cargo que ocupa, para que la Administración aceptando esa solicitud, lo desvincule del empleo que viene ejerciendo.

En tal sentido, quedan prohibidas y carecen de valor, las renunciaciones en blanco o sin fecha determinada o que mediante cualesquiera otras circunstancias pongan con anticipación en manos del jefe del organismo la suerte del empleado.

En atención a lo referido en su consulta, de forma complementaria a lo anterior, es preciso referir lo que el Consejo de Estado, ha indicado con relación a la renuncia protocolaria, en sentencias como la emitida por la Sección Segunda, Subsección “B” del 01 de junio de 2017, así:

“Las renunciaciones protocolarias se producen por la voluntad inequívoca del funcionario de dejar en libertad al nominador para reorganizar la dependencia respectiva, designando a las personas que a su juicio sean las más idóneas para el ejercicio del cargo. En el mismo sentido, es preciso indicar respecto de la solicitud de la renuncia, que esta conducta por parte de la administración se acostumbra a realizar más como un acto de cortesía, para no hacer uso de la facultad discrecional de la que se encuentra investido el nominador, máxime cuando se halla frente a un empleado que no goza de fuero de estabilidad. También se ha sostenido, que en niveles directivos de libre nombramiento y remoción la insinuación de la presentación de la renuncia no es ilegal, pues ello obedece, en razón de la naturaleza del cargo, a la posibilidad de la máxima autoridad de la entidad de conformar su equipo de trabajo y de permitirle al funcionario una salida ajena a cualquier connotación negativa, que aunque equivocada, tiene la decisión de que su cargo sea declarado insubsistente.”

(Negrita y subrayado fuera del texto).

Así las cosas, esta Dirección Jurídica concluye que el nominador cuenta con una facultad discrecional para retirar del servicio a los empleados de libre nombramiento y remoción, en atención a la naturaleza de ese tipo de empleos; no obstante, jurisprudencialmente se ha reconocido la figura de “renuncia protocolaria”, según la cual la administración como un acto de cortesía le solicita al empleado su renuncia, para no hacer efectiva la facultad discrecional en mención.

En todo caso, se considera que será procedente la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción a través de acto administrativo que no requiere motivación alguna.

Conforme a lo anterior y dando respuesta a su interrogante, esta Dirección Jurídica considera que el cargo de Tesorera Municipal corresponde a los empleos de libre nombramiento y remoción, y por su naturaleza es procedente la solicitud de renuncia protocolaria.

Para más 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 </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 LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:50:01