

Bogotá D. C., 15 de junio de 2012

Of. 26225

Rad: 03-08-2012-22089

Doctora

ESTELA BARRETO ÁLVAREZ

Rectora (E)

Institución Universitaria de Bellas Artes y Ciencias de Bolívar

San Diego, Cra. 9 No. 39-12

Cartagena de Indias – Bolívar

Ref.: Rad. 22089 de 2012

Consulta jurídica sobre clasificación de empleos.

Respetada doctora Estela,

En atención a su consulta de la referencia, por medio de la cual solicita el pronunciamiento de esta Comisión, en relación con la naturaleza de los empleos de secretario, conductor y tesorero, empleos estos adscritos al despacho de la rectoría, le informo, que el asunto de clasificación de los empleos, no es un tema que corresponda a la órbita de competencias de esta entidad.

Tal como se le indicó a esa entidad en su oportunidad, a través del oficio 004501 del 28 de marzo de 2008, esta Comisión es del criterio que el legislador ordinario o extraordinario es el único que está facultado por nuestra Constitución Política para establecer los criterios generales dentro de los cuales se puede determinar cuando un cargo es de carrera o no. Por tal razón, para determinar la naturaleza de los empleos basta con recurrir a la Constitución y la ley, siendo la regla general, que los empleos del Estado son de carrera administrativa y, excepcionalmente, son de una naturaleza diferente.

Ahora bien, en dicho escrito la Comisión dejó claro que para establecer la naturaleza de los empleos se debía recurrir a lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 909 de 2004. En consecuencia, se indicó:

*“(…) Tenemos entonces, que la citada norma dispone que en la administración descentralizada del nivel territorial, son empleos de libre nombramiento y remoción, i) Los que corresponden a los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, **relacionando de manera taxativa** los de Presidente, Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces, ii) 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: Presidente, Director o Gerente, iii) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de*

bienes y/o valores del Estado y, iv) 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 servidores públicos.

Es con base en dichas disposiciones, que para el caso sub examine, la Escuela de Bellas Artes Cartagena de Indias, deberá entrar a analizar la naturaleza de los empleos que ostenta en su planta de personal y, si es del caso, efectuar las correcciones y ajustes a que haya lugar.

Con todo, vale la pena resaltar que en el caso de los empleos de la administración descentralizada del nivel territorial, cuyo ejercicio implica especial confianza, se debe acreditar, además, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo y que estén al servicio directo e inmediato de cualquiera de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos, así: Presidente, Director o Gerente, sin que pueda predicarse tal condición, de aquellos que están adscritos al cargo de Rector, pues la norma no lo contempló.

(...)"

Lo anterior nos lleva a concluir que, todos aquellos empleos de la Escuela de Bellas Artes Cartagena de Indias (sea cual fuere su denominación - profesionales universitarios, secretarías y conductor), cuyo ejercicio implique especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo y que estén al servicio directo e inmediato del Rector y estén adscritos a su respectivo despacho, son cargos de carrera administrativa, como quiera que el cargo de Rector no está contemplado dentro de las excepciones a que hace referencia la norma (artículo 5° de la Ley 909 de 2004). (La negrilla es agregada)

Nótese, entre otros aspectos, que el aludido concepto se sustenta en el carácter taxativo y restrictivo bajo el cual se deben leer los enunciados contemplados en el artículo 5 de la ley 909 de 2004, pues en ello se sustenta el respeto al principio general según el cual los empleos del Estado son de carrera administrativa y, por excepción, de libre nombramiento y remoción.

Así pues, debe tenerse en cuenta que el señalamiento de los despachos descritos en dicha norma, es de orden taxativo y no, meramente enunciativo, razón por la cual el sentido de la misma debe leerse y aplicarse en tal forma, esto es, **sin extender sus efectos a otros tipos de despachos no contemplados expresamente.**

Lo anterior, reviste de especial importancia al momento de establecer cuál es la naturaleza de los empleos, máxime cuando se trata de aplicar el literal b) del numeral 2° del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, pues como se puede observar, para que se determine la naturaleza de libre nombramiento y remoción en virtud de dicha norma, el empleo debe cumplir con todos y cada uno de los siguientes requisitos:

- a) Su ejercicio debe implicar especial confianza,
- b) Debe tener asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo y,

Línea nacional CNSC 01 900 331 10 11

Sede principal: Carrera 4 No. 75-49, Bogotá D.C., Colombia
Pbx: 57 (1) 3259700, Fax: 3259711/12/13
Horario atención público: 8:00 a.m.-5:00 p.m.

- c) **Estar al servicio directo e inmediato de uno cualquiera de los funcionarios contemplados en el literal b) ibídem, siempre y cuando el empleo se encuentre adscrito al respectivo despacho.**

Es precisamente en este último supuesto orgánico, en donde adquiere relevancia el carácter taxativo de los despachos relacionados en la norma, pues de otro modo, una lectura ampliada terminaría por burlar el principio general de la naturaleza de carrera de los empleos del Estado.

Para el caso particular de su institución, es pertinente advertir que la norma en cita no contempla al **rector**, dentro de la relación de funcionarios a cuyo servicio directo e inmediato y despacho debe estar, entre otros aspectos, adscrito un empleo para que se considere como de libre nombramiento y remoción.

Por tanto, al no cumplirse el supuesto orgánico contemplado en el literal b) ibídem, no resulta posible que se concluya la naturaleza de libre nombramiento y remoción de los empleos de su institución que, implicando su ejercicio especial confianza y teniendo asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, estén al servicio directo e inmediato del rector, aún cuando tales empleos se encuentren adscritos a su despacho, como quiera que el empleo de rector, no está incluido dentro de la relación de funcionarios a cuyo servicio directo e inmediato y despacho debe estar adscrito un empleo para que se considere como de libre nombramiento y remoción.

En efecto: la precitada norma señala:

"(...)

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 del Nivel Nacional:

Ministro y Viceministro; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector de la Policía Nacional; Superintendente; y Director de Unidad Administrativa Especial.

En las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, los empleos adscritos a las oficinas de comando, de las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones, en razón de la necesaria confianza intuitu personae requerida en quienes los ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional, Comandantes y Segundos Comandantes de Fuerza y Jefe del Estado Mayor Conjunto.

En el Ministerio de Relaciones Exteriores los del servicio administrativo en el exterior con nacionalidad diferente de la Colombiana y el personal de apoyo en el exterior.

En el Congreso de la República, los previstos en la Ley 5ª de 1992.

En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:

Presidente, Director o Gerente General, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial.

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.”

No obstante lo anterior, debe resaltarse que, en el concepto referido, la CNSC precisó que la Escuela de Bellas Arte de Cartagena de Indias es la responsable de verificar la naturaleza de sus empleos,¹ lo cual resulta obvio, si se tiene en cuenta que para establecer si un empleo es de carrera o no, se deben confrontar cada uno de los supuestos jurídicos contenidos en la Ley (art. 5 de la Ley 909 de 2004 y la Ley 1093 de 2006), con los supuestos de hecho que informan el caso (requisitos y características funcionales y estructurales del empleo).

Así mismo, es pertinente señalar que en el concepto emitido bajo oficio 004501 de 2008, se hizo alusión a la Sentencia C-506 de 1999, por medio de la cual se declaró inexecutable, entre otras frases, las siguientes, contempladas en el literal a) de la Ley 443 de 1998:

“En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional

Rector, Vicerrector y Decano de Institución de Educación Superior, distinta a los Entes Universitarios Autónomos.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial

Rector, Vicerrector y Decano de Institución de Educación Superior, distinta a los Entes Universitarios Autónomos. (...)”

Acotación que se efectuó, haciendo claridad que dicha sentencia, declaró la inexecutable de las normas que incluía entre los cargos de libre nombramiento y remoción el empleo de rector, con el fin de hacer énfasis en que ya desde el artículo 5 de la Ley 443 de 1998, norma que precedió al artículo 5 de la Ley 909 de 2005, no existía referencia alguna al empleo de rector, ni siquiera en relación con la naturaleza de libre nombramiento y remoción de ese cargo.

En los términos antes expuestos, no encuentra este Despacho razón suficiente que justifique un cambio de parecer por parte de esta Comisión, en torno al pronunciamiento efectuado,

¹ Al respecto, se extrae lo siguiente: “...Es con base en dichas disposiciones, que para el caso sub examine, la Escuela de Bellas Artes Cartagena de Indias, deberá entrar a analizar la naturaleza de los empleos que ostenta en su planta de personal y si es del caso, efectuar las correcciones a que haya lugar.”

como quiera que, en relación con la aplicación de lo dispuesto en el literal b) del numeral 2 del Artículo 5 de la Ley 909 de 2004, sigue vigente que: *"...en el caso de los empleos de la administración descentralizada del nivel territorial, cuyo ejercicio implica especial confianza, se debe acreditar, además, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo y que estén al servicio directo e inmediato de cualquiera de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos, así: Presidente, Director o Gerente, sin que pueda predicarse tal condición, de aquellos que están adscritos al cargo de Rector, pues la norma no lo contempló."*

Dicho de otra forma, en la administración descentralizada del nivel territorial, aquellos empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo y estén al servicio directo e inmediato del **Presidente, Director o Gerente**, siempre y cuando se encuentren adscritos a sus respectivos despachos, serán de libre nombramiento y remoción, de lo contrario o ante la falta de uno de los requisitos dispuestos en dicho literal, no podrá darse aplicación a dicha causal, en cuyo caso y de no aplicarse alguna de las otras causales dispuestas en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, se entiende que el empleo es de carrera.

Ahora bien, en relación con el empleo de tesorero, sobre el cual no se efectuó pronunciamiento en el oficio 4501 de 2008, es pertinente señalar que la clasificación de este tipo de empleos como de libre nombramiento y remoción, obedece a lo dispuesto en el literal c) del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, en tanto este corresponde a aquellos *"...empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado"*

En tal sentido, no resulta necesario que el empleo de tesorero se encuentre adscrito al despacho de uno de los funcionarios relacionados en el literal b) *ibídem*, ni que se aplique dicha causal, para que se determine su naturaleza de libre nombramiento y remoción, pues basta con que se demuestre que dicho cargo implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado, para que lo sea.

En todo caso, se reitera que es a la entidad y no a esta Comisión a quien le corresponde verificar la naturaleza de los empleos conforme las normas vigentes sobre la materia y, en caso de que a ello hubiese lugar, efectuar los ajustes necesarios para que los empleos se clasifiquen conforme lo dispone la Ley.

El presente concepto se emite con fundamento y con los alcances previstos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo

De la manera más atenta,


JORGE ALBERTO GARCÍA GARCÍA
Comisionado

P: AECJ

Línea nacional CNSC 01 900 331 10 11

Sede principal: Carrera 4 No. 75-49, Bogotá D.C., Colombia
Pbx: 57 (1) 3259700, Fax: 3259711/12/13
Horario atención público: 8:00 a.m. - 5:00 p.m.