

# En defensa de la facultad de libre nombramiento y remoción: el camino de su insuficiente delimitación conceptual conduce a su cuestionable restricción

HUGO ALBERTO MARÍN HERNÁNDEZ<sup>1</sup>

## RESUMEN

La categoría de los empleos de libre nombramiento y remoción pareciera haberse convertido en *una gran incomprendida* en el sistema jurídico colombiano. Ello obedece (1) a cierto déficit o confusión en punto de su justificación y delimitación conceptual, justificación que debe pasar por la necesidad de explicar la facultad de libre nombramiento y remoción como una modalidad de ejercicio de función política, más que como una especie de la función *estrictamente* administrativa. La inconsistencia dogmática que comporta el desconocimiento del carácter político de la citada potestad se traduce (2) en la inapropiada formulación de exigencias, como el reclamar que las decisiones de retiro del servicio se apoyen en la utilización del principio de proporcionalidad o el exigir que se deje constancia de los *motivos* de la desvinculación en la hoja de

1 Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España. Docente e investigador de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: hugo.marin@uexternado.edu.co Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1878-6358>. Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2019. Fecha de modificación: 30 de septiembre de 2019. Fecha de aceptación: 3 de octubre de 2019. Para citar el artículo: MARÍN HERNÁNDEZ, HUGO ALBERTO, "En defensa de la facultad de libre nombramiento y remoción: el camino de su insuficiente delimitación conceptual conduce a su cuestionable restricción", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 23, 2020, pp. 233-287. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n23.09>

vida del servidor público. Esto, a pesar de que el acto de remoción del empleo no precise de *motivación*; y lo más grave aún, (3) a que se enerve hasta casi inutilizar la facultad mencionada. Esto podría tener un impacto nocivo para la buena marcha de las entidades del Estado, por la vía de entender aplicables a los empleos de libre nombramiento y remoción los supuestos de estabilidad laboral reforzada o de *retén social* que la normatividad vigente y sus desarrollos jurisprudenciales actualmente reconocen.

Palabras clave: empleos de libre nombramiento y remoción, función política o de gobierno, principio de proporcionalidad, motivación y motivos del acto administrativo, estabilidad laboral reforzada.

## In Defense of the Power of Free Appointment and Removal: The Path of Its Insufficient Conceptual Delimitation Leads to Its Questionable Restriction

### ABSTRACT

The category of free appointment and removal jobs has become a major misunderstanding in the Colombian legal system. This seems to be due (1) to certain deficit or confusion of its justification and conceptual delimitation, justification that compels to understand the power of free appointment and removal as a form of political function, rather than an administrative function. The dogmatic inconsistency that involves the ignorance of the political nature of the aforementioned power translates (2) in an inappropriate formulation of requirements for the correct exercise of this attribute. Such requirements include that decision to withdraw from service must be supported by the principle of proportionality, and that reasons for disengagement must be recorded in public servants' resúmenes. This, despite the fact that the act of removal does not require motivation; and even more serious, (3) that the aforementioned power could become deserted. This could have a harmful impact on the proper functioning of State entities, since free employment appointment and removal is now subject to assumptions of reinforced labor stability or social charges recognized by regulations and jurisprudential developments.

Keywords: Appointment and Removal Jobs, Governmental or Political Function, Principle of Proportionality, Motivation and Reasons for the Administrative Act, Reinforced Labor Stability.

## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se pretende exponer cuál es la razón de ser de la existencia de los empleos de libre nombramiento y remoción, conectándola con el rol que les concierne cumplir en la organización de las entidades del Estado; asimismo, se busca exponer nuestra concepción respecto de la naturaleza jurídica de las decisiones que se profieren con el fin de proveer dichos cargos o de remover de los mismos a los servidores públicos que los desempeñan, naturaleza que aleja tales pronunciamientos de las características propias de los actos administrativos. Con base en ello, se procura evidenciar la inconsistencia conceptual subyacente a algunas exigencias y límites que tanto el derecho positivo como la jurisprudencia en Colombia formulan para el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción.

La forma como históricamente se hizo uso de esta potestad en el derecho colombiano, hasta bien avanzada la última década del siglo XX, generó explícitas reticencias y prevenciones respecto de su ejercicio, tanto en consideración a que se expandió la creación de empleos de ese carácter a ámbitos de actividad de la Administración en los cuales sin duda debía regir la carrera administrativa, cuanto habida cuenta de que en no pocos casos se entendió la potestad en comento como habilitación para actuar de manera libérrima e inopinada, con el evidente riesgo de arbitrariedad que esa manera de concebir la aludida potestad comporta.

Sin embargo, la jurisprudencia desde el último lustro del siglo pasado contribuyó significativamente a definir los contornos de la atribución en comento en el marco constitucional que rige desde 1991, reduciendo los espacios de operatividad de la misma en los que no encuentra razón de ser su consagración, pero en nuestro sentir con un notable déficit en la conceptualización de la figura, cuyo evidente carácter político sin duda se pasa por alto. Esto conduce a que jurisprudencial e incluso normativamente se condicione y se restrinja indebidamente su ejercicio, imponiéndole cargas y sujetándolo a límites que desconocen su esencia y que cuentan con la potencialidad de obstaculizar la buena marcha de las entidades del Estado en su nivel de dirección.

La facultad de libre nombramiento y remoción solamente se justifica en el nivel de actuación y de decisión estratégica o de conducción institucional de las entidades estatales, lo que determina que las decisiones adoptadas en ejercicio de la misma son catalogables como actos políticos o de gobierno. No lo reconocen abiertamente así ni la jurisprudencia ni el derecho positivo en Colombia, y por ello condicionan o limitan inapropiadamente su ejercicio como si este se materializara en el rutinario dictado de actos administrativos.

Para demostrar esta hipótesis, el trabajo explica el por qué de las prevenciones y resistencias que distinguen a la facultad de libre nombramiento y remoción en Colombia, pero, ya en el vigente marco constitucional, se la caracteriza como modalidad de la función política o de gobierno cuya naturaleza disímil

respecto de la función administrativa igualmente se desarrolla. Desde esta premisa se explica por qué carece de consistencia conceptual y de apoyatura constitucional exigir que las decisiones de retiro de funcionarios en empleos de libre nombramiento y remoción estén precedidas de la construcción de juicios de proporcionalidad, dejen constancia de los motivos que las explican o no puedan adoptarse cuando el funcionario invoque situaciones de especial debilidad que le confieran estabilidad laboral reforzada.

## 1. LA FACULTAD DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN: DE LA CRÍTICA Y USO INDEBIDO AL RECONOCIMIENTO DE SU NECESIDAD

En este primer aparte se busca demostrar que, a pesar de una ardua –y justificada– crítica al uso generalizado e indebido de la figura, el reconocimiento de la facultad de libre nombramiento y remoción es necesario para un correcto funcionamiento de las entidades estatales en el nivel directivo, como especie de la función política o de gobierno, más que de la función puramente administrativa.

### 1.1. EL USO EXPANSIVO E INDEBIDO DE LA FACULTAD DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN EN DETRIMENTO DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA, EN PARTICULAR ANTES DEL TRÁNSITO CONSTITUCIONAL DE 1991

De manera muy general se ha expresado que con el sintagma “función pública suele designarse tanto el conjunto de hombres a disposición del Estado que tienen a su cargo las funciones y los servicios públicos, como el régimen jurídico a que están sometidos y la organización que les encuadra”<sup>2</sup>. La Constitución Política colombiana incluye, en el capítulo 2 de su título v, normas atinentes a la que en el propio título del capítulo en mención se denomina “Función pública” y, en especial, relativas a la herramienta que por antonomasia debe preverse como mecanismo a través del cual ha de desempeñarse la aludida función, que no es otro distinto del empleo público. No en vano se ha sostenido, con toda razón, que con la expedición de la Constitución de 1991, en la cual se incluyó un capítulo entero dedicado a la función pública, se establece que el servidor público es, en línea de principio y sin lugar a la menor hesitación, el depositario de la responsabilidad de gestionar de la mejor manera posible el interés general, razón por la cual ha de ser él quien oriente las políticas públicas y garantice la concreción de los principios de equidad, progresividad y legalidad<sup>3</sup>.

2 RAMÓN PARADA VÁSQUEZ, *Derecho administrativo. Organización y empleo público*, t. II, 9.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 372.

3 PEDRO ALFONSO HERNÁNDEZ M., *Bases constitucionales de la función pública, empleo público*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004, p. 12.

A este respecto, pues, se prevé en la Carta Política: a) que no habrá empleo público que no tenga sus funciones detalladas en la ley o el reglamento (artículo 122); b) que los empleos en los órganos y entidades del Estado, a modo de regla general, serán de carrera, a excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (artículo 125); c) que los ciudadanos tienen derecho a desempeñar funciones y cargos públicos (artículo 40, numeral 7.º); y d) que al Legislador corresponde expedir las leyes que rigen el ejercicio de las funciones públicas (artículo 150, numeral 23).

No obstante, el aludido postulado constitucional, de conformidad con el cual la atención de las funciones permanentes del Estado debe llevarse a cabo a través de la creación del número suficiente de empleos públicos –para ser desempeñados por los correspondientes servidores públicos–. Estos, como regla general, deben ser de carrera administrativa habida cuenta de que ello debería garantizar que fuesen la igualdad, el mérito y la capacidad –no la filiación política o los apetitos clientelistas– los elementos determinantes del ingreso, de la permanencia y del retiro del servicio o de la escogencia del recurso humano para las entidades estatales. Ese postulado constitucional, incluido en la Carta Política desde la reforma plebiscitaria que se le introdujo en 1957, tanto a lo largo del siglo XX como incluso en considerable medida también durante los albores de la centuria que corre, no ha pasado de ser, en un muy significativo número de ámbitos de actividad del Estado, un melancólico saludo a la bandera.

Y es que el clientelismo, la falta de profesionalización y de objetividad en la materia, mantenidos a lo largo de todo este tiempo, han generado una situación que resulta contraria a los mandatos constitucionales y legales que gobernaron y gobiernan el manejo de los recursos humanos en las entidades estatales en Colombia, lo que además tiene graves implicaciones en cuanto a la concepción y razón de ser de la existencia del Estado, comoquiera que impide la consolidación del proceso de profesionalización del servicio civil y dificulta la construcción de una cultura organizacional sólida, centrada en los valores y principios que deben orientar la acción del Estado. De que la situación era la descrita ya para la primera mitad del siglo XX daba cuenta el entonces contralor general de la República, Carlos Lleras Restrepo, al presentar al Congreso un proyecto de ley ampliamente motivado para crear la carrera administrativa, proyecto cuya presentación estuvo a cargo de Antonio Rocha, ministro de Industria y Trabajo de la época, quien realizó una larga exposición sobre el tema en la que así caracterizó la anotada circunstancia<sup>4</sup>.

4 "Se ha creído y se cree, entre nosotros, que la facultad de remover libremente el personal administrativo de la República es un poder y un privilegio precioso del partido o grupo político que alcanza el poder público. Y por esta causa, a pesar de que nadie discute su carácter pernicioso, se procura mantenerlo incólume. Sin embargo, ese privilegio es mucho más nocivo que útil, más perjudica que beneficia a quien de él dispone. No más

La doctrina, igualmente, desde el siglo pasado, enfáticamente clamaba

por que la omnímoda facultad que la Constitución otorgaba al presidente de la República para nombrar y remover a quienes desempeñaban cargos públicos, debería ser restringida a fin de que solamente aquellas designaciones cuyo carácter fuera esencialmente político, de confianza, o de agencia presidencial, se dejaran en absoluta libertad, y se restringiera la facultad nominadora para los demás empleos de la rama ejecutiva<sup>5</sup>.

Esa fórmula debería permitir la implantación de procesos técnicos de selección de personal y garantizar la estabilidad en el empleo al servidor público, cuya permanencia en el cargo quedaba tradicionalmente deferida a circunstancias y vaivenes políticos extremadamente oscilantes, lo que justificó que en el artículo 7 del Plebiscito del 1.º de diciembre de 1957 se incorporara en la Constitución Política la previsión consistente en que "en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo o cargo público de la carrera administrativa, o su destitución o promoción".

Esta reforma constitucional propició la expedición de un nuevo marco normativo en materia de empleo público y de carrera administrativa, comenzando con la Ley 19 de 1958, su Decreto Reglamentario 1732 de 1960 y más adelante el Decreto Ley 2400 de 1968, marco normativo cuya ineficacia, al igual que la de los posteriores y sucesivos estatutos de carrera administrativa, fue puesta de presente de manera constante, dado que su aplicación resultó fuertemente resistida debido a "los viejos prejuicios y a insólitas actitudes hacia la función pública, en especial por parte de los jefes administrativos, que veían debilitada su injerencia directa frente a la gestión de los recursos humanos de la entidad que regentarán"<sup>6</sup>. Si se tiene en cuenta que el procedimiento del concurso, elemento básico de un sistema de administración de personal basado en el mérito, "pugnaba con los intereses de los grupos políticos o regionales que querían siempre ver a sus adeptos en las nóminas de los organismos públicos"<sup>7</sup>, ello no era consecuencia de nada distinto de que

la perplejidad en que se ven los funcionarios por ver de atender a las infinitas y contradictorias peticiones de aspirantes y padrinos de ellos, sería razón bastante para tener tal privilegio por irrisorio. De cada nombramiento que se hace, una persona queda satisfecha, en tanto que una multitud de poderosos influyentes se irrita y descontenta. Gran fábrica de enemistades y fuente inacabable de rencores es ese poder de remover empleados; y hablando en frío cálculo, lo peor que puede ocurrir a un político o a un grupo político es tener entre sus manos esa facultad contraproducente y debilitante. Sábese que el favorecido es olvidadizo". Citado en RICARDO ÁVILA, *Diagnóstico institucional del Sistema de Servicio Civil en Colombia*, Bogotá: Banco Interamericano de Desarrollo, 2002, pp. 5-6.

5 Cfr. DIEGO YOUNES MORENO, *Derecho administrativo laboral*, 7.ª ed., Bogotá: Temis, 1996, pp. 155-156.

6 *Ibíd.*

7 *Ibíd.*

la intervención política es uno de los factores que más ostensiblemente ha impedido la implantación de los sistemas de servicio civil y carrera administrativa en el país y persiste aún como obstáculo de todos los esfuerzos sobre el particular, en especial porque la facultad de nombrar y remover libremente a los empleados públicos se ha ido asociando a la ejecución de la política militante, arraigo tanto más difícil de vencer en un país como el nuestro, en el cual una de las actividades que más atraen es precisamente el ejercicio de la política<sup>8</sup>.

Trascendentales resultaron dentro de este derrotero histórico, en nuestro sentir, las decisiones proferidas por la Corte Constitucional durante la primera mitad de la década de los noventa del siglo pasado, mediante las cuales ese alto tribunal cercenó de manera notable el desmedido listado de excepciones a la carrera administrativa, como regla general en materia de empleo público, que permitían prácticamente convertir en regla lo que debía y debe fungir como excepción: el libre nombramiento y remoción, que ha de quedar circunscrito, como con acierto lo entendió la Corte, a los empleos cuyo contenido funcional se caracterice ora por su marcada naturaleza política, ora por demandar de una confianza especialísima entre el servidor público que lo desempeña y su inmediato superior<sup>9</sup>. Para arribar a la formulación de esta subregla jurisprudencial, *ratio decidendi* de las citadas providencias, mediante las cuales la Corte Constitucional removió del mundo jurídico previsiones del último Estatuto de Carrera Administrativa, previo a la reforma constitucional de 1991 (Ley 61 de 1987) que masificaban injustificablemente los empleos de libre nombramiento y remoción. Por ello, el Tribunal Constitucional partió de recordar y exponer la diferenciación de la cual nos ocuparemos en el siguiente apartado, entre función política y función administrativa, de suerte que solo cuando se trata del nivel de acción del Estado en el marco del cual se ejerce la primera –y no, *prima facie*, la segunda– resulta constitucionalmente admisible la catalogación de cargos públicos como de libre nombramiento y remoción, excluyéndolos de la regla general de la carrera administrativa, impuesta por el Constituyente:

Es conveniente hacer una distinción entre gobierno y administración, ya que el sistema de carrera no tiene una función política, sino administrativa. En efecto, el gobierno es, ante todo, una estructura política, es decir, conlleva un manejo del poder político encaminado hacia los efectos sociales de nivel general. El Gobierno, pues, supone la sistematización de un programa político, así como la ejecución de los principios doctrinarios, mediante el uso del poder.

8 Ibid. En el mismo sentido, véase JAIME VIDAL PERDOMO, *Derecho administrativo*, Bogotá: Universidad de los Andes, 1976, pp. 523 y ss.

9 Corte Constitucional, sentencias C-195 de 1994 de 21 de abril de 1994, expediente D-421; y C-306 de 1995 de 13 de julio de 1995, expediente D-757.

El gobierno obra sobre toda la comunidad, directa o indirectamente. Ahora bien, su labor general ha de ser la conformación del orden social, es decir, la comunidad ordenada de acuerdo con la inclinación social del ser humano. En otras palabras, gobierno es orden político.

En cambio, administración significa la ordenación técnica sobre los recursos existentes, con el fin de conformar un orden, que ya no es general, sino adecuado a las circunstancias concretas. Los criterios administrativos se subordinan a los criterios políticos, así como la parte se ordena al todo.

La administración desarrolla algunos programas políticos, pero de modo concreto y no general, con criterios de manejo técnico, amparada por el poder político, pero no manejando dicho poder de manera inmediata<sup>10</sup>.

## 1.2. LA DISTINCIÓN ENTRE FUNCIÓN POLÍTICA Y FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.

LA FACULTAD DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN COMO EXPRESIÓN, FUNDAMENTALMENTE, DE LA PRIMERA

Cuanto se viene de exponer deja al descubierto que la gestión del recurso humano al servicio del Estado, en el nivel de alta dirección, de gerencia pública, de conducción institucional, precisa sin duda de unos significativos márgenes de libertad de acción, de discrecionalidad política –en el más aristotélico sentido de la expresión– para la selección, designación y remoción de los servidores públicos. Sin duda, para un modelo de empleo público consecuente con varios de los principales postulados basilares de un Estado de derecho –entre otros, los principios democrático, de igualdad o los orientadores de la función administrativa según los términos del artículo 209 constitucional–, no resulta jurídicamente admisible sostener, sin matices, que todos los servidores del Estado se encuentran sometidos a idéntico régimen jurídico o, en otros términos, que la circunstancia de encontrarse todos vinculados con la Administración deba dar lugar a “confundir laboralmente al presidente de la República con el portero de la Presidencia, o a un ministro con un auxiliar administrativo del ministerio, o a un director de departamento administrativo, superintendente o gerente, con un profesional universitario”<sup>11</sup>.

Resulta necesario, en consecuencia, partir de un planteamiento que, en lo atinente a las categorías laborales identificables en el derecho de la función pública en Colombia, distinga, por lo menos, entre tres modalidades de vinculación del Estado con sus servidores, desde una perspectiva que atienda, fundamentalmente, a la naturaleza de las funciones inherentes al empleo del cual se trate. Dichas funciones dependen de la clase de actividad desplegada por

10 Corte Constitucional, sentencia C-195 de 1994 de 21 de abril de 1994, expediente D-421.

11 JAIRO VILLEGAS ARBELÁEZ, *Derecho administrativo laboral*, t. 1, Bogotá: Legis, 2005, p. 44.



la entidad o por la instancia de decisión estatal en la cual se halle inserto el respectivo empleo público, a saber: a) cuando se trate de órganos o instancias de acción pública que cumplen labores de gestión económica o empresarial, en similares condiciones a las que distinguen las actividades desempeñadas por los particulares –quienes para tal efecto no requieren de hallarse investidos de autoridad–, de suerte que a los correspondientes quehaceres les resulta aplicable el derecho privado, por regla general se estará en presencia de la categoría laboral de los *trabajadores oficiales*, ligados con la Administración por virtud de un vínculo contractual laboral; b) cuando las funciones asignadas al empleo del que se trate sean de naturaleza administrativa, para ser ejecutadas con apego a criterios técnicos y jurídicos previamente definidos por la ley y por el reglamento, el vínculo existente entre el servidor público y el órgano estatal respectivo será de derecho público, en la modalidad de *empleado público*, en el cual el servidor por regla general debe adquirir un derecho a la estabilidad en el cargo cuando haya accedido a él a través de los mecanismos normativamente previstos para ingresar en la carrera administrativa; y, finalmente, c) en los niveles más elevados de la organización estatal, en los cuales se diseñan, formulan y adoptan políticas públicas o se profieren decisiones que constituyen elección entre diversas opciones o cursos de acción con fundamento en programas políticos, los empleos públicos que allí se ubican igualmente determinan el surgimiento, entre quienes los desempeñan y la entidad correspondiente, de un vínculo también de derecho público, legal y reglamentario, pero signado por la inexistencia de un derecho al cargo o a la estabilidad en el mismo, como quiera que se accede a él por virtud del ejercicio, por parte de la autoridad nominadora, de la potestad de proveer empleos de libre nombramiento y remoción, cuya existencia se justifica, única y exclusivamente, en la naturaleza política y/o en la confianza especialísima que exigen las funciones asignadas al cargo.

La triple categorización aludida encuentra sustento, además, tanto en la legislación que desde el año 1938 se ha expedido en Colombia en la materia<sup>12</sup>,

12 Así, desde el primer Estatuto de Carrera Administrativa expedido en Colombia, la Ley 165 de 1938, en su artículo 4 se efectúa la diferenciación entre las distintas modalidades de empleo público que dan lugar al surgimiento de vínculos de naturaleza legal y reglamentaria con quienes los desempeñan, en los siguientes términos: “Para los efectos de la presente ley quedan comprendidos en la carrera administrativa todos los empleados públicos [...] con las siguientes excepciones: los empleados que ejerzan jurisdicción o autoridad [...] los demás que [...] tengan funciones políticas”. Otro tanto ocurre con las previsiones contenidas en los artículos 36 y 37 del Decreto 1732 de 1960, preceptos que diferencian, igualmente, los empleos regidos por una relación legal y reglamentaria a los cuales se aplica el régimen de la carrera administrativa, de aquellos otros con funciones de índole política –de libre nombramiento y remoción–, al señalar que “pertenecen a la carrera administrativa todos los empleos del servicio civil, con excepción de los que desempeñan: [...] ministros, jefes de departamento, embajadores, gerente, director [...] y [...] empleos

como en lo establecido por la Organización Internacional del Trabajo<sup>13</sup>, por la Carta Iberoamericana de la Función Pública<sup>14</sup> y por la propia jurisprudencia constitucional colombiana<sup>15</sup>. Esto, sin dejar de lado otros planteamientos doctrinales que abogan por depurar aún más la anotada clasificación tripartita incluyendo varias modalidades de empleo a nivel de los cuadros directivos de las entidades estatales. En este sentido, que consideramos plausible y ciertamente pendiente de ulteriores desarrollos en el sistema jurídico colombiano, Rincón Córdoba critica de la jurisprudencia en este país que solo se haya detenido a perfilar la frontera existente entre cargos de estricto orden burocrático y empleos que, con base en factores tanto objetivos como subjetivos, se consideran excluidos de las garantías propias de la carrera administrativa, de suerte que no existen –a su entender– pautas interpretativas que ayuden a precisar la existencia de una *función pública directiva*, con la consecuencia de que “prácticamente a todos los empleos de alguna responsabilidad que no sea

cuando a ellos correspondan funciones esencialmente políticas o de confianza”. Las dos referidas categorías aparecen diferenciadas, igualmente, en el artículo 5 de la Ley 443 de 1998: “Artículo 5. De la clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente Ley son de carrera, con excepción de: [...] 2. Los empleos de libre nombramiento y remoción que correspondan a los siguientes criterios: a. Los de dirección, conducción y orientación institucionales, que adelante se indican, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices”. Cosa similar se evidencia en el artículo 5 del cuerpo normativo actualmente vigente en la materia, la Ley 909 de 2004, cuyo tenor literal es exactamente idéntico al de la norma aludida inmediatamente en precedencia.

- 13 Las tres mencionadas categorías laborales han sido igualmente recogidas por la OIT, según lo explica el profesor Villegas Arbeláez: “1. Función política: Las autoridades públicas que ocupan cargos de carácter político [...] actúan como órganos del poder público [...] los de alto nivel –[A]lto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial, (OIT, Convenio n.º 151, Parte 1, art. 1.º, num. 2.º)–. 2. Función pública: Actúan en calidad de auxiliares [...] de bajo nivel. 3. Función industrial o comercial: trabajadores de los entes descentralizados “OIT, Informe de la Comisión del Servicio Público, 1978, párrafo 24. Libertad sindical y negociación colectiva, Comisión de Expertos 1983, p. 103. Seminario técnico sobre relaciones de trabajo en la administración pública 1, Costa Rica, pp. 1 y 4”, en JAIRO VILLEGAS ARBELÁEZ, óp. cit., pp. 37-38.
- 14 Debe, en particular, citarse su artículo 55, que establece lo siguiente: “La naturaleza de la función directiva pública exige, para la garantía de su profesionalidad, regulaciones específicas. Estas regulaciones deben definir el universo de cargos que se consideran de dirección pública profesional, delimitándolos tanto de las funciones políticas como de los puestos reservados a los miembros de la función pública o servicio civil ordinario. Tales normas serán de aplicación a la provisión de cargos directivos por personas provenientes de la función pública, así como, en su caso, a la incorporación de directivos procedentes de otros ámbitos”.
- 15 Es, por vía de ejemplo, lo que sugiere la antes citada sentencia C-195 de 1994, de 21 de abril de 1994, expediente D-421.

meramente rutinaria, se aplican las mismas reglas que se usan para aquellos empleos en los cuales se vislumbra fácilmente su carácter político"<sup>16</sup>.

A todas las fuentes a las cuales se ha hecho referencia subyace un denominador común sobre cuya base resulta posible estructurar la tantas veces referida diferenciación: se trata de la distinción entre Gobierno y Administración, la cual conduce a distinguir, como también lo hace el derecho positivo colombiano –artículo 82 del Decreto Ley 01 de 1984 y artículo 105 de la Ley 1437 de 2011–, entre acto administrativo y acto político o de gobierno, o entre discrecionalidad administrativa y discrecionalidad política, como lo hemos expuesto con amplitud en otro lugar<sup>17</sup>.

En cuanto hace a esa distinción, en la literatura especializada francesa fue probablemente Hauriou el autor que con mayor contundencia arribó a la conclusión de acuerdo con la cual la actividad gubernamental consistiría en atender los asuntos excepcionales, las funciones primordiales de la actividad del Ejecutivo; mientras que la actividad administrativa, en un lugar "secundario", se ocuparía de asuntos como el mantenimiento del orden público, velar por los intereses públicos mediante la aplicación de las leyes por la policía o la gestión de los servicios públicos. La distinción entre los dos aludidos espacios de decisión se daría –en criterio del referido autor– en razón de la importancia cualitativa de los asuntos a resolver, de modo que "la función gubernamental consiste en solucionar, a compás de los sucesos, los asuntos excepcionales que afectan a la unidad política del Estado y a los grandes intereses nacionales; la función administrativa consiste en gestionar los asuntos públicos ordinarios, los intereses generales"<sup>18</sup>; en similar dirección apunta la clásica fórmula de Laferriere, de acuerdo con la cual

administrar es asegurar la aplicación cotidiana de las leyes, velar por las relaciones de los ciudadanos con la Administración central o local o de las diversas Administraciones entre ellas. Gobernar es cuidar por las necesidades de toda la sociedad política, velar por la observación de su Constitución, por el funcionamiento de los grandes poderes públicos, por las relaciones del Estado con las potencias extranjeras, por la seguridad interior y exterior<sup>19</sup>.

Al anterior criterio, basado, como se aprecia, en la "importancia relativa" de las actividades a realizar para catalogarlas como administrativas, políticas o gubernamentales, se sumó el que dio en denominarse de la "subordinación",

16 Cfr. JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA, *Derecho administrativo laboral*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 329-346.

17 HUGO ALBERTO MARÍN HERNÁNDEZ, *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 412-431.

18 MAURICE HAURIOU, *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid: Reus, 1927, pp. 373-374.

19 EDOUARD LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1989 [1888], pp. 32 y ss.

en virtud del cual mientras la función administrativa consistiría "en ejercer competencias y atribuciones subordinadas [...] conferidas por las leyes y los reglamentos y asegurar el funcionamiento cotidiano de los servicios públicos"<sup>20</sup>, la función política o de gobierno se traduciría en la elección libre entre opciones políticas, en la formulación de grandes cursos de acción sin que exista "subordinación en el ejercicio de la acción política"<sup>21</sup>.

De este modo, la distinción entre Gobierno y Administración, entre función gubernamental y función administrativa, y consecuentemente, entre acto administrativo y acto político o de gobierno, además de adquirir carta de naturaleza legislativa en sistemas jurídicos como el colombiano y el español<sup>22</sup>, paulatinamente va tomando fuerza en la doctrina<sup>23</sup> y en la jurisprudencia, al

20 Cfr. FRANCIS PAUL BENOIT, *El derecho administrativo francés*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1977, p. 513.

21 *Ibíd.* No obstante, el citado autor reconoce que entre los actos administrativos y los de gobierno no es posible llevar a cabo "una separación tajante, pues en más de un caso los encabalgamientos entre ambas funciones son imprescindibles". También Rivero se muestra de acuerdo en el reconocimiento de la existencia de una función gubernamental constitucionalmente distinta de la meramente administrativa, aunque igualmente insiste en la dificultad de trazar una frontera inequívoca entre las dos; la diferencia entre ambas funciones estribaría en que gobernar implica tomar las decisiones esenciales, afectantes del interés general –como las que atañen a las relaciones internacionales o a la elección de una determinada política económica–, mientras que "administrar es más responder a las tareas cotidianas, descendiendo hasta los asuntos más humildes". JEAN RIVERO, *Droit administratif*, 18.ª ed., París: Dalloz, 2000, pp. 160-163.

22 El referido criterio de la "subordinación", empleado también por los franceses para diferenciar la función política de la administrativa, tiene acogida igualmente en España, como lo expone Xifra Heras, para quien la anotada distinción se basa en la intensidad con la cual se usa el poder único del Estado, de suerte que "los actos que reflejan la plenitud del poder soberano, como poder autónomo y creador" van a integrar la función política, mientras que "los que suponen un empleo derivado y subordinado del poder, con sujeción a la legalidad, constituyen la función administrativa". Cfr. JORGE XIFRA HERAS, "El Gobierno y la función política", en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. II, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1988, p. 1845. Sin embargo, este autor igualmente reconoce la dificultad de delimitar tajantemente, bien funcional, bien orgánicamente, lo político de lo administrativo, aunque –retomando a Tomás Ramón Fernández Rodríguez, cuya posición en este sentido es la misma (véase en ese sentido, TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Arbitrariedad y discrecionalidad", en *VV. AA., Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. III, Madrid: Civitas, 1991 p. 2305)– no por ello desconoce la utilidad de la distinción –pero sí reconoce que puede tratarse de una "ficción"– a efecto de preservar cuando menos un mínimo de neutralidad del aparato estatal, sin la cual sería imposible el juego democrático. En similar dirección se pronuncian, entre otros, MARIANO BAENA DEL ALCÁZAR, "Artículo 103. La organización y la función pública", en Oscar Alzaga (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, t. VIII, Madrid: Edersa, 1985, p. 269; y LUIS SÁNCHEZ AGESTA, "El Gobierno, la función de Gobierno y la Administración", en Oscar Alzaga (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, t. VIII, Madrid: Edersa, 1985, p. 21.

23 Sobre la distinción y la relación entre Gobierno y Administración en la doctrina española, véanse, entre otros, los trabajos de JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, "Gobierno y Administración: una reflexión preliminar", *Documentación Administrativa*, n.º 215, Madrid,

punto que en la actualidad en el derecho español –y nada obsta para entender que tal conclusión resulta trasladable al caso concreto del ordenamiento colombiano, como lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Constitucional– resulta mayoritariamente aceptada la existencia de una línea divisoria entre política y Administración como

dos entes diferenciados, la segunda más estable, funcionarial, jurídica y técnica, irresponsable políticamente, mientras que el Gobierno sería una entidad política, responsable ante el Parlamento, formado por personas cuyo acceso y permanencia está en función de las orientaciones políticas que desde el Gobierno [...], y especialmente desde el presidente, se le dan, y en última instancia, según las orientaciones que en su día fijó el electorado al dar un respaldo mayoritario a una determinada opción política<sup>24</sup>.

En el ordenamiento jurídico español la referida distinción quedó elevada al mayor rango normativo como consecuencia de que en la Constitución Española (CE) de 1978 ello se expresa con claridad, comoquiera que la norma fundamental ibérica atribuye al Gobierno la función de dirección política, el ejercicio de la función ejecutiva y la potestad reglamentaria (artículo 97 CE), mientras que a voces del artículo 103.1, la Administración pública tiene como misión “servir con objetividad los intereses generales, de acuerdo con la Constitución y las Leyes”, tarea que debe acometer bajo la dirección del Gobierno, tanto por imposición igualmente constitucional –también del citado artículo 97 CE, a cuyo tenor “el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado”–, como por mandato legal –artículos 2.1. y 4.1.b de la Ley Orgánica de Funcionamiento de la Administración

1988, pp. 67-84; RAFAEL JIMÉNEZ ASENSIO, “La dirección de la Administración pública como función del Gobierno”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 34, Gobierno Vasco, 1992, pp. 67-95; ANTONIO JOSÉ PORRAS NADALES, “Las relaciones entre el Gobierno y la Administración en la Constitución de 1978”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 34, Gobierno Vasco, 1992, pp. 163-183; ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ, “El Gobierno y la dirección de la política”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 34, Gobierno Vasco, 1992, pp. 185-200.

- 24 Esto, empero, no constituye óbice para que igualmente se admita que las implicaciones recíprocas entre ambos niveles –político y administrativo– son tan intensas que, ciertamente, la referida línea podría tender a difuminarse en algunos casos, habida cuenta de que el Gobierno también cumple con funciones administrativas y la Administración desempeña tareas políticas, en la medida que despliega un programa político. Cfr. JOSÉ LUIS PÉREZ FRANCÉS, *El gobierno*, Madrid: Tecnos, 1993, pp. 126-129; en similar sentido, Jiménez Asensio apunta que “los altos cargos de la Administración sufren las consecuencias derivadas de la responsabilidad política del Gobierno, su designación se hace por motivos políticos (creciente politización de la Administración) e incluso podríamos hablar de una creciente administrativización del Gobierno, en el sentido de que se pueden nombrar ministros por motivos técnicos”. Cfr. RAFAEL JIMÉNEZ ASENSIO, “Política y Administración: los puestos de designación política en las Administraciones públicas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 32, Gobierno Vasco, 1992, pp. 77-82.

General del Estado<sup>25</sup>-. De ahí que la doctrina infiera que la Administración es un cuerpo subordinado al Gobierno y destinado a satisfacer los intereses generales prefijados por las directrices políticas, en "lo que se ha calificado como la gran paradoja del sistema administrativo: Administración dirigida por el Gobierno, pero establecida al servicio de los intereses generales"<sup>26</sup>.

Otro muy importante eslabón de esta cadena evolutiva de la distinción entre Gobierno y Administración en el derecho positivo español está constituido por la consagración de una serie de elementos que posibilitarían el conocimiento, por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de procesos en los cuales los enjuiciados sean actos políticos o de Gobierno, pero con el específico alcance de supervisar su ajuste, precisamente, al ordenamiento constitucional, al elenco de libertades y derechos fundamentales en el mismo recogidos y a los que han venido a denominarse "elementos reglados" del acto político; tal es el alcance de la regulación contenida en la Ley española de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de 1998 (Ley 29/1998 del 13 de julio). Esta, al contrario de lo normado por su predecesora del año 1956 en el sentido de sustraer del ámbito competencial del juez de la Administración el conocimiento de demandas incoadas contra los catalogados como actos de gobierno, viene a incluir entre los asuntos susceptibles de impugnación ante el contencioso administrativo, "la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos" (artículo 2.a).

Así pues, al mismo tiempo que se clarifica la distinción entre actos administrativos y actos políticos o de gobierno, se intensifican y se precisan a nivel normativo las herramientas de fiscalización judicial de estos últimos, de suerte que los que han dado en denominarse *elementos reglados del acto de gobierno* –sujeto, competencia, procedimiento e, incluso, adecuación al fin por el cual deben propender–, se constituyen en piezas claves del tratamiento que a este tema se dispensa en España<sup>27</sup>. Este tratamiento es sustancialmente diverso del que

25 Se trata de la Ley Orgánica 6/1997, de 14 de abril, cuyo artículo 2.1. preceptúa lo siguiente: "2.1. La Administración General del Estado, *bajo la dirección del Gobierno* y con sometimiento pleno a la Ley y el Derecho, sirve con objetividad los intereses generales, desarrollando funciones ejecutivas de carácter administrativo" (bastardillas fuera del original); por su parte, el artículo 4.1. preceptúa: "4.1. La actuación de la Administración General del Estado debe asegurar a los ciudadanos: [...] b) La continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, *de acuerdo con las políticas fijadas por el Gobierno* y teniendo en cuenta los recursos disponibles" (bastardillas fuera del original).

26 SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, "Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el derecho positivo español", *Revista de Administración Pública*, n.º 26, Madrid, 1958, p. 16.

27 En relación con la fiscalización judicial de los elementos reglados del acto de Gobierno y de este, en general, véanse, además de las obras hasta el momento citadas sobre el tema, las

recibe idéntico asunto en el derecho francés, en el cual subsiste la inclinación a determinar que la consecuencia de la catalogación de una decisión como política o de gobierno es su imposibilidad jurídica de ser controlada por el juez administrativo, aserto que sin duda preocupa desde la perspectiva en virtud de la cual en un Estado constitucional y democrático de derecho contemporáneo no deberían existir órbitas de decisión de las autoridades públicas que escapen a la fiscalización por parte de las instancias jurisdiccionales.

Lo expuesto incide, además, en que los muy amplios márgenes de valoración de los cuales se dispone para adoptar decisiones políticas o de gobierno, si bien deben ejercerse siempre dentro del marco de la Constitución –pero teniendo como tal marco *solo* el constitucional–, no es menos cierto que resultan harto escasos los parámetros *normativos* precisos que programen esa actividad gubernamental. Dicha situación, correlativamente, deja al juez de lo contencioso administrativo con escasas posibilidades de una fiscalización muy intensa o exhaustiva del núcleo político o valorativo de tales actos<sup>28</sup>,

siguientes: ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ, "Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Administración Pública*, n.º 134, Madrid, 1994, pp. 225-251; LUIS SÁNCHEZ AGESTA, "Concepto jurídico del acto político (Los nuevos límites de la jurisdicción contencioso-administrativa)", en VV. AA., *Estudios en homenaje al profesor Nicolás Pérez Serrano*, t. II, Madrid: Reus, 1959, pp. 183-201; ANTONIO EMBID IRUJO, "La justiciabilidad de los actos de Gobierno", *Documentación Administrativa*, n.º 220, Madrid, 1989, pp. 19 y ss.

- 28 Pues, como expresa Aragón Reyes, en estos casos el juez se encontraría en "la franja fronteriza entre el parámetro de control considerado como conjunto normativo, preexistente y no disponible, frente a la existencia de un canon fijo y predeterminado de valoración, que expresa en definitiva la diferencia entre control jurídico y control político". Cfr. MANUEL ARAGÓN REYES, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 17, Madrid, 1986, pp. 85-136. En similar dirección, Sánchez Morón sostiene que "pese a estar sometidos a derecho, como cualquier actuación de los poderes públicos, e inclusive a normas típicas de derecho administrativo, no pueden ser enjuiciados por los Tribunales (ordinarios), ya que encierran decisiones de contenido esencialmente político, inherentes a la función de dirección política del Gobierno, en las que el ámbito de oportunidad y la trascendencia de los intereses del Estado como un todo es tal que no debieran verse razonablemente abocados a una controversia judicial con intereses meramente particulares". Cfr. MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, "Análisis jurídico-administrativo de la cooperación internacional", *Documentación Administrativa*, n.º 227, Madrid, 1991, p. 121; sin embargo, habría que entender que la exclusión de control judicial se refiere exclusivamente al *núcleo de decisión política* del acto en cuestión, razón por la cual acierta Ibáñez cuando afirma que "difícilmente podría existir hoy ese acto político puro, expresión exclusiva de la política y ajeno por completo al derecho. Cualquier decisión de un gobierno legítimo estará normativamente mediada en algún grado; encontrará, unas veces, límites (externos) a su radio de acción y, otras (o a la vez), el condicionamiento (interno) representado por la existencia de elementos reglados; aparecerá sujeta al cumplimiento de ciertos fines y su pertinencia dependerá de que concurran determinados presupuestos de hecho". Cfr. PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, "Contra las inmunidades del poder: una lucha que debe continuar", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 93, Madrid, 1997, p. 8.

pues esta tarea de control solo podría llevarla a cabo, en semejantes circunstancias, "con arreglo a parámetros políticos y de oportunidad, precisamente excluidos de su competencia constitucional de juez de la legalidad de la actuación administrativa (artículo 106 CE)"<sup>29</sup>. Lo anterior no quiere decir que esos actos queden excluidos de todo tipo de examen jurisdiccional –como ya se ha señalado–, pero sí conlleva el remarcar que el concepto de control, que se tiende a circunscribir exclusivamente al verificado en sede judicial sobre la legalidad del proceder del órgano correspondiente, tratándose de actos de gobierno, debe necesariamente ampliarse, posibilitando su proyección hacia la fiscalización que han de llevar a cabo bien otros poderes públicos, ora la misma opinión pública. Esta cuestión fortalece entonces nociones como las de control político parlamentario o control de índole social arraigado en la responsabilidad de tipo político<sup>30</sup>.

La explicada distinción entre Gobierno y Administración también puede entenderse recogida en la Carta Fundamental colombiana como resultado de la conjunción de las previsiones contenidas en los artículos 115 y 208 constitucionales<sup>31</sup>. Asimismo ocurre, en el derecho positivo nacional, con la diferenciación entre acto administrativo y acto político o de gobierno, pues la legislación colombiana igualmente incluye, dentro del objeto de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a los procesos instaurados contra actos políticos o de gobierno, aunque no limita la competencia jurisdiccional a este respecto –de la manera que lo hace la legislación española antes referida–, a determinados aspectos o elementos –"reglados"– relacionados con el acto enjuiciado. De este modo, en el inciso primero del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo de 1984 (CCA), en la redacción que del mismo hizo la Ley 446 de 1998, se preceptúa que "esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o

29 NURIA GARRIDO CUENCA, "El acto de gobierno: un análisis en los ordenamientos francés y español", *Revista de estudios políticos*, n.º 110, 2000, p. 539.

30 Pues, como ya se ha dicho, el intentar un control exclusivamente jurídico de los actos fruto del ejercicio de la función política puede conducir al juez a rebasar su tarea de aplicación del derecho, para ingresar en el terreno de la valoración y apreciación política entre opciones alternativas, que en este ámbito definitivamente concierne al Ejecutivo. Cfr. ANTONIO JOSÉ PORRAS NADALES, "Actos políticos y función de dirección política", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 3, Madrid, 1991, pp. 130-131.

31 Preceptos del siguiente tenor: "Artículo 115. El presidente de la República es jefe del Estado, jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa. El Gobierno Nacional está formado por el presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. *El presidente y el ministro o director de departamento administrativo correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno [...]*.

Artículo 208. Los ministros y directores de departamentos administrativos *son los jefes de la administración* en su respectiva dependencia. Bajo la dirección del presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley" (bastardillas fuera del original).



de gobierno". Similar es el tenor del artículo 104-5 del CPACA, de acuerdo con el cual la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo igualmente conocerá de los procesos "que se originen en actos políticos o de gobierno".

Como corolario de lo expuesto, la jurisprudencia constitucional colombiana ha entendido que la autoridad nominadora goza de *libertad*—sin matiz alguno—para desvincular, mediante acto no motivado, a los servidores públicos que desempeñen empleos de libre nombramiento y remoción. Así pues, la Corte Constitucional contrasta el carácter técnico de la función administrativa, el cual determina que las decisiones que se adopten en materia de personal en dicho ámbito respondan a la aplicación de reglas técnicas y objetivas, de un lado, con, de otra parte, la amplitud de la función gubernamental, de suerte que con esta última se corresponde la referida *libertad* como característica que distingue la adopción de decisiones atinentes al manejo del personal designado en empleos de libre nombramiento y remoción que tienen a su cargo este tipo de responsabilidades de índole político<sup>32</sup>. De ahí que se afirme que "la discrecionalidad es una atribución necesaria en cabeza de algunos funcionarios que ejercen una labor eminentemente política, o que requieren de colaboradores de su más absoluta confianza para el logro de sus fines"<sup>33</sup>, de manera que "no puede prosperar una hipótesis administrativista para regular una función eminentemente política"<sup>34</sup>. El citado planteamiento del Tribunal

32 Corte Constitucional, sentencia C-041 de 1995, de 9 de febrero de 1995, expediente D-796. De idéntico modo, se ha advertido que "resultan inconstitucionales —y así lo declarará la Corte— las normas legales que sustraen de las reglas sobre carrera a ciertos empleos cuyos titulares *no cumplen funciones que, por su misma naturaleza, exijan la libertad del nominador para designar o remover al empleado*" (bastardillas fuera del original). Corte Constitucional, sentencia C-552 de 1996, de 22 de octubre de 1996, expediente D-1293. En la misma dirección consistente en destacar la libertad de la cual goza el nominador para proveer los empleos de libre nombramiento y remoción, ha señalado la Corte: "A diferencia de los empleos de carrera, en los de libre nombramiento y remoción el empleador tiene *libertad* para designar a personas que considera idóneas para la realización de ciertas funciones [...]. La finalidad que se persigue con la *autorización de removerlos libremente*, es razonable, pues consiste en asegurar la permanencia de esta confianza que supone el ejercicio del cargo, circunstancia que se encuentra avalada por la propia Constitución, que expresamente autoriza la existencia de esta clase de vinculación" (bastardillas fuera del original). Corte Constitucional, sentencia C-734 de 2000, de 21 de junio de 2000, expediente D-2732.

33 Corte Constitucional, sentencia C-195 de 1994, de 21 de abril de 1994, expediente D-421.

34 *Ibíd.* No menos importante es la conclusión correlativa que la misma trascendental sentencia citada formula en el sentido de que "tampoco puede darse el otro extremo: regular con criterio político una función que corresponde a la esencia del sistema de carrera", con lo cual, según precisó allí mismo el Tribunal Constitucional colombiano con remarcable acierto, "de acuerdo con la clasificación del Decreto 1042 de 1978, que establece los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, hay que señalar que los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar si un empleo es de libre nombramiento y remoción son los niveles directivos y excepcionalmente los otros, siempre y cuando impliquen un grado considerable de confianza. Los demás, es decir, la regla general, son de carrera".

Constitucional alude, por consiguiente y en el contexto descrito, al ejercicio de *discrecionalidad política* y no al de discrecionalidad administrativa para la provisión y retiro de cargos de libre nombramiento y remoción. En esta idea abundaremos más adelante.

Por su parte, en la jurisprudencia del Consejo de Estado también se registran pronunciamientos en la referida línea argumentativa que tiende a justificar la existencia de una potestad nominadora *libre* respecto de los empleos de dirección política o de confianza especialísima –*especialísima* por razón, precisamente, de la exigencia de identidad o cuando menos proximidad de criterio, ideológica o política que para asegurar el buen funcionamiento del servicio se exige entre el servidor público de confianza y su inmediato superior– al interior de las entidades estatales, como herramienta que se hace necesaria para garantizar la armonía y unidad de criterios en la alta dirección pública, de modo que, al propio tiempo, resultará jurídicamente comprensible exigir a plenitud la responsabilidad –política– que corresponde a los gerentes o altos funcionarios públicos, por razón de la gestión que adelanten en las entidades o dependencias a su cargo; tal el motivo por el cual se antojan desde todo punto de vista atinadas y enteramente suscribibles las reflexiones de la Sección Segunda del Consejo de Estado en la aludida dirección<sup>35</sup>.

Quede claro, eso sí, que el alcance de cuanto se deja expuesto se contrae a subrayar que resulta jurídicamente viable y de cara al recto funcionamiento de los distintos órganos del Estado, plausible, que lo político tenga una notable injerencia en lo administrativo, concretamente en la gestión del recurso

35 "De la facultad de libre nombramiento y remoción para empleados públicos de alto nivel. Tanto la Constitución como la ley han previsto que los empleados que hacen parte del equipo administrativo del Estado estén clasificados como de libre nombramiento y remoción, pues sin lugar a duda quien llega a manejar los destinos de una entidad necesita tener el apoyo de un número reducido de funcionarios que entiendan el direccionamiento que pretende darle a la institución, pero que además compartan el modo y la forma de concebir las estrategias para lograr la consecución de las metas que se planeen desde un comienzo.

Es decir, es necesario una comunidad no solo de metas y objetivos, sino además de estrategias y modelos de gestión entre el gerente, director, presidente, como se quiera llamar a quien rige y lleva la responsabilidad del ente sobre sus hombros y aquellos miembros de su EQUIPO, que sin lugar a duda deberán no solo compartir los objetivos sino el camino o caminos propuestos por quien los nombró para que lo ayuden en su tarea.

Perdida esa comunidad, en la forma de hacer las cosas, porque uno o varios de los miembros del equipo directivo juzgan que debe hacerse de tal o cual manera y no de la forma como el director de la entidad lo prevé, debe entenderse que tal disparidad de criterio afecta el servicio público y que por lo tanto ante la situación de insatisfacción y malestar que se pueda suscitar es indispensable que el nominador proceda a la reestructuración de sus cercanos colaboradores, para así nuevamente, obtener el control que le permita responder por la marcha de la organización que se le ha confiado". Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 26 de abril de 2007, Radicación: 25000-2325-000-1999-5519-01(2959-04).

humano al servicio de las entidades estatales, *siempre que se trate de la elección del personal necesario en la instancia de conducción, manejo o dirección institucional*, en la cual, como insistentemente se ha indicado, la naturaleza política o la confianza especialísima propia del contenido funcional de algunos empleos justifica la existencia de libertad para su provisión. Pero una cuestión muy diferente y, esta sí, jurídicamente inadmisibles y en cuanto al funcionamiento de la Administración, reprochable, es la intromisión de intereses partidistas, clientelistas, *políticos* o puramente subjetivos e individuales que permeen la escogencia y el manejo del personal de apoyo a la entera labor de las entidades estatales. Propósito este último para el cual otrora —especialmente antes de 1991— se intentaba gestionar indebidamente el empleo público: generalizando los cargos de libre nombramiento y remoción en detrimento de los de carrera, eludiendo la realización de concursos para potenciar el nombramiento en provisionalidad, etcétera, como de tiempo atrás se denunció desde distintos frentes antes citados en este escrito.

Es más, ante la cada vez más ingente batería de cortapisas, en especial debidas a la jurisprudencia constitucional que se ha traído a colación, que fueron apareciendo para impedir que ese proceder se perpetuara, entró en escena una nueva herramienta a disposición de tan protervos objetivos: la utilización del contrato de prestación de servicios, por fuera de sus finalidades y de su regulación legal, con idénticos propósitos arteros, hasta llegar a conformarse al interior de un significativo número de entidades del Estado, las denominadas *nóminas paralelas*, en considerable proporción confeccionadas a la medida de los apetitos clientelistas, personalistas y caprichosos del ordenador del gasto de turno<sup>36</sup>.

Ninguna de las reprochables prácticas en mención se quiere justificar en modo alguno en este escrito, en el cual, apenas, se pretende reclamar adecuada comprensión, correcta delimitación conceptual, recto ejercicio, así como coherente y razonable control judicial de la potestad de disponer con *discrecionalidad política* de aquellos empleos directamente ubicados en el nivel de acción y de decisión *política* dentro de la estructura de las entidades del Estado o de aquellos cargos en los cuales dicho nivel de dirección política precisa apoyarse para cumplir cabalmente sus cometidos, por lo que demandan de la confianza especialísima, plena o calificada tantas veces aquí referida, que claramente va más allá de la que resulta consustancial a cualquier relación laboral.

36 De este último problema nos hemos ocupado más a espacio en nuestro trabajo "El contrato estatal de prestación de servicios: de su generalizadamente espuria utilización a la constitucionalización de su régimen jurídico", próximo a ser publicado.

## 2. LA INCOMPRENSIÓN DE LA FACULTAD DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN COMO EXPRESIÓN DE LA FUNCIÓN POLÍTICA O DE GOBIERNO DETERMINA LA FORMULACIÓN DE EXIGENCIAS PARA SU EJERCICIO QUE RESULTAN CONTRARIAS A SU NATURALEZA

La identificación en un empleo de alguna de las anotadas características que hacen plausible su catalogación como de libre nombramiento y remoción –función(es) de carácter político o exigencia de confianza cualificada– sin duda conduce a una relajación del rigor con el cual se exige la observancia del acervo de garantías tanto procedimentales –agotamiento de una actuación previa a la adopción de decisiones de conformidad con las reglas procesales del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)– como argumentativas –presencia y suficiencia de la motivación de las decisiones, exigida como regla general en el artículo 42 del citado CPACA– que deben rodear al dictado de todo acto *administrativo*. Dicha relajación obedece, sin lugar a la menor hesitación, en nuestro sentir, a la naturaleza política de las decisiones que implican la provisión de tales cargos o la remoción de ellos del servidor público que los desempeña. De esto toma atenta nota el propio CPACA –como en el mismo sentido lo hacía el artículo 1 del CCA de 1984–, en la disposición que determina el ámbito de aplicación de su libro primero, artículo 2, y excluye de la misma, precisamente, el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción.

Dicha exclusión no obedece a razón distinta, según lo entendemos, que al reconocimiento de que esa atribución implica el ejercicio de funciones diversas de las estrictamente *administrativas* que regula el libro primero de dicho Estatuto, funciones conducentes al proferimiento de actos *administrativos*, previo agotamiento de un procedimiento *administrativo* en el cual puede resultar menester dar aplicación a normas atributivas de discrecionalidad *administrativa* de la forma que lo exige el artículo 44 del mismo Estatuto, esto es con apoyo en la utilización del principio de proporcionalidad. Pero la potestad de libre nombramiento y remoción conecta mucho mejor, en punto de su esencia, con la categoría del *acto político o de gobierno* que el propio Estatuto de Procedimiento Contencioso Administrativo colombiano reconoció, según aquí antes se puso de presente, a partir de la versión del mismo prohijada con el Decreto Ley 01 de 1984, artículo 82, retomado por el artículo 104-5 de la codificación actualmente vigente (Ley 1437 de 2011).

Sin embargo, la procedencia y admisibilidad de esa relajación de las exigencias procedimentales y argumentativas de las decisiones políticas –que no estrictamente administrativas– adoptadas en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción debe depender de que en el cargo público respectivo efectivamente esté presente por lo menos una de las circunstancias o criterios que la jurisprudencia constitucional avala como justificantes

de la catalogación del empleo como de esta índole. En ese sentido, el tribunal constitucional colombiano es insistente en reclamar que

la validez constitucional de definir un cargo como de libre nombramiento y remoción depende de si tal definición satisface las siguientes condiciones: (i) esa denominación tiene fundamento legal [...] pues se entiende que son de carrera los cargos que no se encuentren previstos en una ley como de libre nombramiento y remoción; (ii) se trata de un cargo que cumple funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional; y, (iii) para el ejercicio del cargo se hace necesario un grado de confianza mayor al que se predica de la función pública ordinaria, dada la trascendencia de las tareas encomendadas<sup>37</sup>.

Eso sí, la Corte ha precisado respecto del alcance de las mencionadas características de cuya concurrencia depende la admisibilidad de clasificar un empleo como de libre nombramiento y remoción, que "estas condiciones son alternativas y no copulativas, es decir, basta satisfacer una de estos requisitos para poder entrar en la categoría exceptiva de estos empleos"<sup>38</sup>. Asimismo, ha señalado que este tipo de empleos casi siempre se enmarca en el nivel directivo, atendiendo a la clasificación que hace la ley de los cargos públicos por niveles jerárquicos<sup>39</sup>, de suerte que, en principio, "cualquier cargo que esté por fuera de este nivel debe ser de carrera y, además debe excluirse del sistema de libre nombramiento y remoción el desarrollo de labores administrativas,

37 Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-539 de 2012, de 12 de julio de 2012, expediente T-2706361. En este pronunciamiento, así como en la sentencia C-037 de 1996, de 5 de febrero de 1996, expediente PE-008, se avaló que incluso al interior de la Rama Judicial del Poder Público algunos empleos se cataloguen como de libre nombramiento y remoción, del modo que lo hace el inciso 4 del artículo 130 de la Ley 270 de 1996 –Estatutaria de la Administración de Justicia–, por cuya virtud "Son de libre nombramiento y remoción los cargos de magistrado auxiliar, abogado asistente y sus equivalentes", toda vez que, según el parecer de la Corte, "se trata de oficios que comprometen un mayor grado de confianza y de responsabilidad en la toma de las decisiones que se requieran para el debido ejercicio de las actividades asignadas". *Contrario sensu*, en la primera de las dos providencias citadas en esta nota la Corte concluyó que las funciones del cargo de director de Unidad de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, catalogado reglamentariamente –con el aval de la decisión del Consejo de Estado cuestionada a través de la acción de tutela– son altamente técnicas y especializadas, de modo que su cumplimiento no requiere de un alto grado de confianza, lo que hace que dicho cargo sea totalmente compatible con el sistema de carrera, "a diferencia de lo que ocurre con el cargo de director de Unidad de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, es razonable estimar que los cargos adscritos a la Presidencia de las altas cortes (i) cumplen funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional y (ii) requieren un grado de confianza mayor al que se predica de la función pública ordinaria".

38 Corte Constitucional, sentencias C-195 de 2013, de 10 de abril de 2013, expediente D-9257, y C-720 de 2015 de 25 de noviembre de 2015, expediente D-10704.

39 Los artículos 3 y 4 de los decretos ley 770 y 785 de 2005 prevén la existencia de cinco niveles jerárquicos de empleo, a saber: directivo, asesor, profesional, técnico y asistencial.

técnicas o asistenciales", con lo cual "quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni resulta ser fundamental el *intuitio personae*"<sup>40</sup>.

Dando aplicación a estas premisas, la Corte Constitucional concluyó que no resulta constitucionalmente plausible la decisión legislativa de catalogar como de libre nombramiento y remoción los empleos de juez de Instrucción Penal Militar<sup>41</sup>, inspector de Tránsito y Transporte o inspector de Seguridad Aérea<sup>42</sup>. Similar fue la conclusión cuando el análisis se refirió al empleo de procurador judicial<sup>43</sup> y diversa en relación con los empleos de director de la

40 Corte Constitucional, sentencias C-195 de 1994, de 21 de abril de 1994, expediente D-421, y C-720 de 2015, de 25 de noviembre de 2015, expediente D-10704. En tal dirección, la Corte Constitucional expresa que "En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requiere cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata". Véase, entre otras, las sentencias C-506 de 1999, de 14 de julio de 1999, expedientes acumulados D-2279 y D-2281; C-161 de 2003, de 25 de febrero de 2003, expediente D-4252; y C-553 de 2010, de 6 de julio de 2010, expediente D-7951.

41 Corte Constitucional, sentencia C-368 de 1999, de 26 de mayo de 1999, expedientes acumulados D-2175, D-2179 y D-2195. Se indicó, con acierto en nuestro sentir, que si bien es verdad que la justicia penal militar constituye una jurisdicción especial a la luz de la Constitución, ello no la excluye de atender al mandato del artículo 125 superior, de suerte que al ser las del empleo de juez penal militar funciones estrictamente jurisdiccionales, la carrera administrativa precisamente garantiza la independencia y autonomía que requieren los funcionarios judiciales.

42 La Corte constató que ni una sola de las funciones asignadas a estos empleos implica la adopción de políticas o directrices de la Aerocivil y si bien algunos de tales cargos—los de nivel jerárquico más alto—cuentan con algunas labores "más gerenciales y de coordinación, no llegan a la categoría de un cargo directivo o de diseño de políticas institucionales", pues a tales empleos se asignan labores principalmente de inspección que o bien "están relacionadas con la aplicación de conocimientos técnicos y profesionales para el desempeño de funciones calificadas en un nivel operacional destinadas a garantizar la seguridad aérea" ora "se relacionan con aspectos de verificación de cumplimiento de la regulación en la materia, específicamente de las reglamentaciones, boletines y directivas por parte de los operadores", por manera que no corresponde a tales empleos cumplir con "funciones de representación de la entidad o similares que impliquen una confianza necesaria con el nominador, antes al contrario, las características técnicas y objetivas de las funciones a desempeñar permiten colegir que se trata de cargos que requieren total independencia y respecto de los cuales el criterio de mérito resulta el más adecuado para la selección de personal". Corte Constitucional, sentencia C-720 de 2015, de 25 de noviembre de 2015, expediente D-10704.

43 Corte Constitucional, sentencia C-101 de 2013, de 28 de febrero de 2013, expediente D-9217. Al decidir la demanda de inconstitucionalidad incoada contra la norma que definió el empleo de procurador judicial como de libre nombramiento y remoción, la

Academia Diplomática, director de Protocolo y jefes de Oficina Asesora en el Ministerio de Relaciones Exteriores<sup>44</sup>, o de alcalde local<sup>45</sup>.

Así pues, seguramente el punto de partida para reflexionar respecto de si resulta razonable en cada caso concreto la flexibilización de las garantías procedimentales y argumentativas que como regla general deben rodear las decisiones que se adoptan en relación con la provisión de empleos públicos, ha de ser si, por razón de su contenido funcional, resulta constitucionalmente plausible que se haya previsto que determinado cargo sea de libre nombramiento y remoción, pues no siempre aparecerá justificado que se soslaye la exigencia *prima facie* inexorable de motivar, especialmente, los actos retiro del servicio. Dicha carga solo se advierte como explicable dejar de lado cuando el empleo verdaderamente tiene responsabilidades de dirección o de conducción institucional o demanda de confianza cualificada, pues es eso solamente lo que avala que la declaratoria de insubsistencia responda a "la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados" (Decreto 1950 de 1973, artículo 107).

Corte Constitucional expresó que entre los derechos a ser homologados en favor de los procuradores judiciales con respecto a los jueces y magistrados de carrera ante los cuales actúan, está el de que sus empleos sean considerados como de carrera administrativa y no como de libre nombramiento y remoción. En nuestro sentir, no obstante, el análisis que debió realizarse en relación con la constitucionalidad de esa disposición –que igualmente habría conducido a la conclusión anotada–, como lo pusieron de presente los magistrados que aclararon su voto respecto de la posición de la mayoría de la Corte, que es la que se viene de referir, consistía en que en modo alguno podía pasarse por alto que las funciones asignadas a los procuradores judiciales carecen de relación con las funciones de dirección, de confianza y el manejo que deben acompañar a los cargos de libre nombramiento y remoción; las obligaciones del procurador judicial son de carácter eminentemente profesional, consistentes en la prevención y el control de la gestión administrativa, la defensa de los derechos humanos, así como en la intervención ante las autoridades administrativas y judiciales, de suerte que al interior del Ministerio Público los procuradores judiciales no cumplen rol alguno que sea incompatible con la estabilidad, la independencia y las demás garantías que ofrece el sistema de carrera administrativa.

44 La Corte entendió que se trata de cargos que, por la naturaleza de sus funciones y el grado de confianza requerido para el ejercicio de sus responsabilidades, se deben clasificar como de libre nombramiento y remoción. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-814 de 2014, de 5 de noviembre de 2014, expediente D-10151.

45 De este empleo afirma la Corte Constitucional que ha de ser de libre nombramiento y remoción, comoquiera que "representa las opciones políticas que triunfaron en las elecciones de la ciudad"; en estricto rigor, se trata de cargos a los cuales se accede por elección de uno de los integrantes de la terna que remiten las juntas administradoras locales al alcalde distrital para que haga la escogencia respectiva. Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-395 de 2013, de 2 de julio de 2013, expediente T-3735123, y C-098 de 2019, de 6 de marzo de 2019, expediente D-12245.

## 2.1. LA PRETENDIDA OBLIGACIÓN DE APOYAR EN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD LAS DECISIONES DE DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DE NOMBRAMIENTOS EN EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

La concepción de la discrecionalidad *administrativa* que se impone en un Estado social y democrático de derecho, según lo hemos explicado en otros trabajos<sup>46</sup> y lo ha indicado también la jurisprudencia del Consejo de Estado en algunos pronunciamientos<sup>47</sup>, anuda inescindiblemente el recto ejercicio de esta clase de atribuciones, con la utilización del principio de proporcionalidad, como a la sazón tempranamente lo imponía ya una norma completamente adelantada a su tiempo, en tanto que anterior al tránsito constitucional de 1991. Esta fue el artículo 36 del anterior Código Contencioso Administrativo colombiano (Decreto Ley 01 de 1984), cuyo contenido reproduce el vigente artículo 44 de la Ley 1437 de 2011. Ello en la medida en que a día de hoy parece difícilmente cuestionable que la discrecionalidad administrativa consiste básicamente en una tenue programación positiva de la actividad de la Administración pública por parte del Legislador, con el consiguiente traslado a aquella de la posibilidad de definir los criterios de aplicación de la norma atributiva de la potestad correspondiente. Esto, de suerte que quien aplica dicho precepto habilitante está llamado a completar su supuesto de hecho, deliberadamente inacabado o impreciso, en sede administrativa, con criterios objetivos y razonables de decisión que no son otros distintos de los que arroje —a través de la pertinente regla de precedencia condicionada— la utilización del juicio de proporcionalidad para resolver la inevitable colisión entre principios que plantea todo caso en el cual se ejerzan facultades discrecionales.

Se acierta, pues, al afirmar que la indeterminación semántica del texto de las normas de derecho administrativo “no es el resultado defectuoso de un legislador descuidado”, sino que “constituye la consciente entrega a la Administración de un poder discrecional para que sea ella la que complete y concrete con criterios adicionales los elementos del supuesto de hecho de la norma”<sup>48</sup>. Esa concreción o labor de completar el supuesto de hecho de la

46 Véase, por todos, HUGO ALBERTO MARÍN HERNÁNDEZ, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

47 A modo de ejemplo, los siguientes pronunciamientos del Consejo de Estado: Sección Tercera, sentencia de 30 de noviembre de 2006, Radicación 110010326000199503074 01, Expediente 13074; Sección Tercera, sentencia de 30 de noviembre de 2006, Radicación 11001-03-26-000-2000-0020-01, Expediente 18059; Sección Tercera, sentencia de 31 de octubre de 2007, Expediente 13.503, Radicación 110010326000199713503 00; Sección Tercera, sentencia de 5 de junio de 2008, Radicación 15001233100019880843101-8031, Expediente 8431; y Sección Tercera, sentencia de 28 de junio de 2012, Radicación 27001233100020000033-01, Expediente 23.361.

48 JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 62 y ss.



norma la lleva a cabo la Administración a través de la utilización del principio de proporcionalidad, de manera que la aplicación de una norma que confiere una potestad administrativa como discrecional supone la ejecución de dos operaciones diferentes y consecutivas, a saber: en primer lugar, completar o perfeccionar, al decidir el caso concreto, el supuesto de hecho de la norma con un criterio objetivo y razonable de decisión, que debe arrojar y/o tener en cuenta la regla de precedencia condicionada que resulta de la utilización del principio de proporcionalidad, con el fin de resolver la colisión entre principios que este tipo de casos siempre plantean. Esta actividad es, como parece evidente, materialmente normativa, próxima al ejercicio de la potestad reglamentaria, aún cuando precisada a la resolución de cada caso concreto y permitirá que se elija, frente al supuesto de hecho ya más preciso y detallado, la consecuencia jurídica que resulta procedente dentro de las normativamente autorizadas. En segundo lugar, la posterior subsunción bajo este supuesto de hecho completado por la Administración, de los hechos del caso específico por resolver, lo que se torna ya una operación asimilable a la de aplicación de una regla.

Para expresarlo coloquial, pero rotundamente: en verdad, en serio, ¿alguien en sus cinco sentidos está en condiciones de afirmar porque lo crea y defienda con rigor académico, científico y jurídico, que debe exigírsele al presidente de la República para remover de su cargo a un ministro, o al gobernador o alcalde para declarar insubsistente el nombramiento de su secretario de Gobierno o de Hacienda, que aplique esta cadena de razonamiento y de argumentación que se acaba de explicar, para adoptar tales decisiones? ¿Tales decisiones, de evidente contenido político, deben fundamentarse en un análisis de proporcionalidad –adecuación, necesidad y ponderación– escrupulosamente hilvanado, que permita completar el supuesto de hecho de la norma que atribuye al presidente, a los gobernadores y a los alcaldes, nombrar y remover *libremente* de sus cargos a los funcionarios en mención?

Parece evidente que la concepción de la discrecionalidad *administrativa* que se acaba de recordar no guarda relación alguna con la discrecionalidad que pueda ejercer el nominador con el fin de proveer empleos de libre nombramiento y remoción. Esta última corresponde –en cuanto entendida como una auténtica *libertad* para decidir, sin expresar los motivos concretos de la determinación y bastando con indicar, genéricamente, que, por vía de ejemplo, la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento en un empleo de los mencionados se precisa para garantizar la armonía y la coherencia ideológica o programática del equipo de dirección de la entidad–, de mejor manera, con la que se ha dado en denominar *discrecionalidad política*, propia de las decisiones de dicha índole –política o gubernamental–, como sin duda lo son las adoptadas en ejercicio de la comentada potestad de libre nombramiento y remoción.

Como resulta sencillo advertir, no cabe contemplar el escenario de una autoridad nominadora justificando, para ejercer válidamente la potestad de

libre nombramiento y remoción –a la cual ni siquiera se aplican las normas del libro primero del CPACA por expreso mandato del artículo 2 de dicha obra, según antes se explicó en este trabajo–, que después de llevar a cabo un juicio de ponderación conducente a la adopción de un criterio objetivo y razonable de decisión, mediante el cual se completa el supuesto de hecho de la norma que le atribuye la potestad, solo entonces escoge de entre las diversas alternativas que la norma le posibilita la que resulte más ajustada al interés general. No. Como se ha explicado, la de libre nombramiento y remoción, como su propia denominación lo indica, es una potestad que implica *libertad* para adoptar una decisión de evidente contenido *político*.

Se trata, pues, del ejercicio de *discrecionalidad política* y ya igualmente se explicó que, frente al ejercicio de tal tipo de potestades, el juez de lo Contencioso Administrativo, aunque en todo caso puede controlar las correspondientes decisiones comoquiera que ningún acto de autoridad pública puede estar exento de fiscalización judicial en un Estado de derecho –aún cuando se trate de un acto político o de gobierno–, en principio no cuenta con parámetros jurídicos objetivos y precisos útiles para fiscalizar el núcleo de decisión política del acto del cual se trate; es decir, en principio, el juez administrativo no está llamado a controvertir las razones de naturaleza política, de conveniencia u oportunidad que haya tenido la entidad actuante para proferir el acto mediante el cual ejerce la potestad de libre nombramiento y remoción. Empero, como con todo acierto lo han indicado tanto la legislación como la doctrina españolas, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin duda, puede controlar algunos elementos que, de todas formas, deben estar presentes en tal tipo de decisiones, como lo son, por vía de ejemplo, la existencia de la potestad ejercida, la competencia, el procedimiento y la forma –de encontrarse legalmente exigidos– así como la sujeción a la finalidad. Esto se encuentra fuera de toda discusión. Pero no parece tan claro estarlo para la jurisprudencia colombiana, que aparentemente no se percata de que no resulta ni conceptualmente coherente ni normativamente justificable exigirle al nominador que, para hacer uso de la facultad de libre nombramiento y remoción, deba apoyar su decisión en la herramienta de argumentación que es el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad debe ser empleado cuando, para la resolución de un caso concreto, el operador jurídico requiere resolver una colisión entre principios, de modo que se pueda establecer una relación de prevalencia o de precedencia condicionada –condicionada al o dependiente del contexto fáctico del caso que se decide– entre los principios en tensión, de manera que se establezca, con base en un criterio objetivo, cuál de los varias veces mencionados principios colisionantes tiene más *peso o importancia relativa*, atendido el patrón fáctico del caso del que se trate. A nuestro entender, nada de esto debe hacerse para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción, habida cuenta de que la tensión que dicha potestad plantea entre el derecho a la estabilidad en el empleo y los demás derechos e intereses en cabeza del

servidor público, de un lado, y la necesidad del servicio representada en que en el nivel de dirección de las entidades del Estado los altos funcionarios puedan conformar equipos de trabajo y de apoyo con los cuales compartan criterios, ideología, convicciones y mantengan una estrecha relación de confianza, de otro. Esa tensión la resolvió ya el Legislador (artículo 41 de la Ley 909 de 2004, letra a y párrafo<sup>49</sup>), desarrollando a tal efecto el artículo 125 de la Constitución Política, de manera que deben prevalecer las necesidades del servicio, lo que justifica que el acto de declaratoria de insubsistencia respecto de empleos de libre nombramiento y remoción sea inmotivado. Eso, se itera, no parece tenerlo claro ni la jurisprudencia constitucional ni la contencioso administrativa colombiana, según pasa a verse.

Quede claro, desde ahora, que esta afirmación no supone que defendamos que la aludida potestad se pueda ejercer con cualquier propósito, pues resulta perfectamente posible que se la utilice con fines diversos de los que se acaba de señalar que justifican su existencia, escenario que resulta plenamente fiscalizable por el juez Contencioso Administrativo en el entendido de que la finalidad que se ha de perseguir con la adopción de decisiones por parte de las entidades estatales es uno de los que se han dado en denominar *elementos reglados* de la decisión política, según aquí se explicó precedentemente.

La Corte Constitucional suele exigir que el ejercicio de la potestad de libre nombramiento y remoción se materialice en el dictado de decisiones que ordenen el retiro del servicio del funcionario, adoptadas con apoyo en la elaboración de juicios de proporcionalidad; así, si bien es cierto que subraya que su jurisprudencia

ha reconocido que la exigencia de motivar los actos administrativos, en cuanto al retiro del servicio, admite excepciones, una de las cuales es, justamente, la relativa a los cargos de libre nombramiento y remoción, en tanto que, la declaratoria de insubsistencia (Decreto 1950 de 1973, artículo 107) responde a "la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados".

Razón por la cual "la falta de motivación del acto que desvincula a una persona que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción no es contrario a la

49 Dispone en lo pertinente el artículo 41 de la Ley 909 de 2004: "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; [...]

Parágrafo 2.º. 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".

Constitución<sup>50</sup>, no resulta menos verídico que con insistencia indica que ello es así en atención a que

la toma de una decisión de esta naturaleza por la autoridad administrativa, "no significa arbitrariedad en el ejercicio de la función pública: lo arbitrario es aquello que se funda en el capricho individual de quien ejerce el poder, con desmedro de la ley. Las facultades discrecionales, por el contrario, están sometidas a reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente", a los deberes del Estado, y las responsabilidades genéricas de las autoridades en cuanto a la protección de la vida, honra y bienes de los asociados (C.P. artículos 2.º, 123 y 209). En este sentido, el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, prescribe como condición de la expedición de actos administrativos discrecionales, que el contenido de la decisión sea "adecuad[o] a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa"<sup>51</sup>.

Este razonamiento está presente en decisiones en las cuales la Corte Constitucional no pone en tela de juicio la plausibilidad de que se haya catalogado el empleo público respectivo como de libre nombramiento y remoción, lo que presupone que entiende que del acervo de funciones asignadas al mismo es predicable o bien su naturaleza política –son de dirección o de conducción institucional– o el requerir de la confianza cualificada tantas veces en este escrito referida, más allá de que en varios casos, visto el tipo de empleo público en cuestión y, sobre todo, sus funciones, más bien podríamos llegar a la conclusión contraria, esto es que en las mismas prevalece lo técnico o puramente administrativo por encima de cualquier otra característica, de modo que debería tratarse de cargos de carrera administrativa, con independencia de su ubicación en el nivel directivo de la entidad<sup>52</sup>.

50 Corte Constitucional, sentencias T-610 de 2003, de 24 de julio de 2003, expediente T-731645; T-222 de 2005, de 10 de marzo de 2005, expediente T-980505; y C-292 de 2001, de 16 de marzo de 2001, expedientes acumulados D-3138 y D-3141.

51 Corte Constitucional, sentencia T-377 de 2007, de 17 de mayo de 2007, expediente T-1536569.

52 Por ejemplo, en la sentencia T-317 de 2013, de 28 de mayo de 2013, expediente T-3463457, se trataba del caso de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en el empleo de registrador especial dentro de la Registraduría Nacional del Estado Civil, o en la sentencia T-686 de 2014, de 11 de septiembre de 2014, expediente T-4346728, se estudió el caso de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de una persona que desempeñaba el cargo de subdirector general 0040, Grado 16, de la Subdirección de Alimentos y Bebidas Alcohólicas del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA). Con todo, en los dos eventos mencionados la Corte reclama que "la toma de una decisión de esta naturaleza por la autoridad administrativa, no significa arbitrariedad en el ejercicio de la función pública [...]. En este sentido, el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, prescribe como condición de la expedición de actos administrativos discrecionales, que el contenido de la decisión sea 'adecuad[o] a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa'".

En estas providencias se hace alusión —equivocadamente, en nuestro sentir— al carácter administrativo —en tanto que pretendidamente contenidas en actos *administrativos*—, que no político de estas decisiones y a la que estimamos insalvable contradicción que implica sostener que no deben ser motivadas, circunstancia que se reafirma que goza de apoyatura constitucional, pero que al propio tiempo se deben sustentar en la elaboración de análisis de proporcionalidad —adecuación, necesidad y ponderación—<sup>53</sup>. Por ello, aunque estimamos que acierta la Corte al señalar que se puede incurrir en desviación de poder al ejercer la potestad de marras —y en reseñar que el análisis del juez de cara a tener por demostrado ese vicio debe ser sumamente exigente por cuanto existen sobradas razones para presumir que el nominador hace *libre* y legítimo uso de la citada facultad para asegurar la afinidad de criterio y sinergia con su equipo de apoyo más próximo—, también nos parece evidente que afloran con nitidez las contradicciones conceptuales derivadas de no cuestionar la constitucionalidad de que se catalogue el cargo como de libre nombramiento y remoción, y al mismo tiempo y sin rubor, exigirle al nominador que atienda a unas cargas de argumentación al adoptar una decisión de retiro<sup>54</sup> —las cargas

53 En la anotada dirección, puede leerse: “En este sentido, tal como se expuso en líneas precedentes, los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula a una persona de un cargo de libre nombramiento y remoción no deben motivarse, toda vez que las labores que desempeñan obedecen a una relación de plena confianza con el nominador. No obstante, una decisión de esta naturaleza no debe provenir del capricho del nominador, sino que debe fundarse en razones del buen servicio y la buena marcha de la administración. Lo anterior, por cuanto, se repite, las facultades discrecionales de la Administración no lo son de manera absoluta, sino limitada por los objetivos que se persiguen con su otorgamiento y por la proporcionalidad en su aplicación”. Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-686 de 2014, de 11 de septiembre de 2014, expediente T-4346728.

54 La sentencia C-429 de 2001, de 2 de mayo de 2001, expediente D-294, pone de presente que no pocas veces se asume como un *dato*, sin el análisis crítico que ello ameritaría —con la consiguiente aplicación, incluso, de la excepción de inconstitucionalidad o declaratoria de inexequibilidad, si una u otra cosa fueren procedentes según el tipo de proceso—, que ciertos empleos públicos se hayan catalogado como de libre nombramiento y remoción, caso de los cargos de procurador judicial u otros dentro de la Procuraduría General de la Nación. En el marco de ese contradictorio contexto, a nadie debería sorprender que a la Corte no cause extrañeza que el derecho positivo autorice “el establecimiento por parte del procurador de ‘mecanismos’ para realizar evaluaciones periódicas de actualización de conocimientos y desempeño laboral de los empleados de libre nombramiento y remoción de la Procuraduría, ‘cuando lo considere necesario’, con un fin que en sentir de la Corte es plausible: garantizar la eficiencia en la prestación del servicio público de la entidad, no viola la Constitución y, mucho menos, el debido proceso, pues esta labor no significa que en desarrollo de esa tarea se deba abrir un proceso disciplinario destinado a sancionar al empleado desactualizado en sus conocimientos”. Y nótese lo abiertamente contradictorio del planteamiento, que llega a reclamar *estabilidad en el empleo* para funcionarios que se supone que han accedido a cargos con funciones políticas o que demandan de confianza calificada entre ellos y el nominador: “La evaluación de los empleados a que alude la norma acusada, que son los de más alto rango en la Procuraduría, respecto de su desempeño y

que impone el principio de proporcionalidad— que se supone que debe ser *libre*, como *de libre* nombramiento y remoción resulta el cargo<sup>55</sup>.

conocimientos, es una medida que busca hacer efectivo uno de los derechos de los trabajadores, cual es su estabilidad, así esta para aquellos haya sido calificada como precaria o flexible. Que del resultado de la misma el procurador pueda tomar determinaciones que impliquen inclusive la separación del cargo del funcionario mal evaluado o desactualizado, es un efecto que la norma no consagra, pero si ello llegara a suceder el retiro del empleado de libre nombramiento y remoción tendría una justificación objetiva o razón suficiente cual es su mal desempeño". En ese marco de incoherencia e inconsistencia conceptual, no extraña que se decidiera por la Corte declarar exequible la norma que faculta al procurador general para evaluar a funcionarios que desempeñen cargos de alta dirección en la entidad, de libre nombramiento y remoción, "bajo el entendimiento de que tales evaluaciones no impiden el ejercicio por parte del Procurador de la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción de los empleos que pertenezcan a esta categoría; y que los aspectos allí señalados no son los únicos supuestos de evaluación o aspectos a evaluar".

- 55 Razonable parece, pues, que se asevere en la citada sentencia T-686 de 2014 que "para desvirtuar la legalidad del acto de insubsistencia, es necesario que se genere una certeza incontrovertible en el juzgador, sobre la actuación arbitraria del nominador, esto es, que en la decisión hubo desviación de poder", como también lo parece que se asegure, al calificar la valoración probatoria realizada por el Consejo de Estado en el proceso contencioso administrativo que dio origen al de tutela fallado en la providencia en cita, que de la naturaleza del cargo ocupado por la actora, el cual pertenece al nivel directivo de la entidad, se desprende la necesidad de que exista "una estrecha relación de confianza con el director, la cual debe reflejarse en una constante y fluida comunicación frente a los asuntos objeto de investigación". En ese contexto, consecuente resulta indicar que "frente a un cargo de libre nombramiento y remoción el análisis de las pruebas cuando se invoca desviación del poder debe ser estricto, situación que fue advertida en el caso objeto de estudio, puesto que se realizó una interpretación congruente del material probatorio, que condujo a la conclusión de que las razones del acto de insubsistencia tuvieron como móvil el mejoramiento del servicio". Esa alegada predominancia de la confianza, empero, parece desvanecerse cuando en la resolución del caso parecen cobrar suma relevancia divergencias de orden técnico acaecidas entre el nominador y el desvinculado del empleo —cuyas funciones parecieran predominantemente técnicas, entonces, más allá de ubicarse el cargo en el nivel directivo de la entidad—, pues se expresa que el Consejo de Estado "Coligió de las pruebas analizadas, que la relación de confianza existente entre el director del INVIMA y la funcionaria demandante se vio afectada por la actuación de ésta dentro del proceso de investigación en mención, específicamente el hecho de haber afirmado, sin sustento científico, que dichos productos contenían sustancias cancerígenas que ponían en peligro la vida de los consumidores". De allí que resulte más difícil de entender, sin poner de presente su incoherencia, el planteamiento según el cual ha de primar la relación de confianza —cuando se ve que hubo una evidente divergencia de orden técnico, en un ámbito en que se cumple con funciones de abierta connotación técnica o científica—, lo que avararía el retiro inmotivado pero, en un abierto contrasentido, se exija que la decisión se afine en un examen de proporcionalidad: "Al respecto, la Sala encuentra necesario precisar que el quebrantamiento o deterioro de las relaciones entre los funcionarios, lo cual destaca la accionante como conductas de persecución y hostigamiento, son precisamente el sustento para determinar que efectivamente procedía su retiro del servicio. En este orden, se observa que el análisis probatorio que realizó la Sección Segunda del Consejo de Estado no puede entenderse como arbitrario o que no se sustentó en motivos válidos, ya que, como se indicó en líneas precedentes, la decisión adoptada respondió, por un lado, a los

Y si en los terrenos de la jurisprudencia constitucional llueve en esta materia, por los de la jurisprudencia del Consejo de Estado no escampa. Pese a reafirmar que la decisión de retiro en el caso de estos cargos es libre, habida cuenta de lo imprescindible de la relación de confianza cualificada aquí mencionada hasta el cansancio, se pretende que, al menos en teoría, dicha decisión se sustente en la elaboración de juicios de proporcionalidad<sup>56</sup>, propios del dictado de actos administrativos, que no políticos, a pesar de tener absoluta consciencia de que el propio CPACA excluye la aplicación de sus reglas procedimentales y sustanciales a este escenario<sup>57</sup>. Afirmamos que la anotada exigencia se formula

fines de la norma que otorga dicha potestad y, del otro, a la proporcionalidad entre los hechos respecto de los cuales se cuestionó al servidor y la consecuencia jurídica que se generó. Se reitera que la finalidad perseguida en este caso con la remoción es razonable, pues estuvo dirigida a asegurar la permanencia de la confianza que debe regir en dichos cargos”.

- 56 Expone en multiplicidad de pronunciamientos la Sección Segunda de esta corporación que “Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargos lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan a adoptar una u otra decisión, empero, la remoción debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, se han identificado como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza y, c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. –Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Radicación número: 63001-23-000-2010-00192-01 (2743-16)– Por su parte, el artículo 44 del CPACA señala que 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”. Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 15 de noviembre de 2018, Radicación 05001-23-33-000-2013-01754-01(4450-16).
- 57 *Ibíd.* En la citada providencia se expresa, con toda claridad que “Cabe resaltar, que la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción por disposición expresa del inciso segundo del artículo 2 de la Ley 1437 de 2011, su ejercicio no se encuentra sometido a las normas de la primera parte del código, relativas a los procedimientos administrativos. Entre otras cosas, ello supone, como se enunció, que el acto administrativo mediante el cual se ejerza no está en la necesidad de tener una motivación expresa, entendiéndose que su ejercicio, cuando se dispone la remoción de un funcionario, está amparado por una presunción teleológica en virtud de la cual se considera que la declaratoria de insubsistencia del funcionario respectivo obedece a motivos de mejoramiento del servicio”. En ese contexto, resulta por demás comprensible y atinado que se concluya, como lo hace la sentencia en cita, que “las condiciones profesionales y correcto desempeño de la función no le da al servidor de libre nombramiento y remoción fuero de estabilidad alguno, pues aquellas, son calidades que son exigibles de cualquier persona que preste un servicio público. En ese orden de ideas, el hecho de que la hoy demandante hubiese realizado una buena gestión como jefe de comercialización del transporte, lo que afirmaron varios declarantes, no desdice de las aptitudes de quienes fueron encargados en reemplazo suyo para ejercer el cargo, como tampoco lo hace respecto de la presunción de mejoramiento del servicio que opera sobre el acto de insubsistencia pues aquella debe ser entendida en un contexto

*en teoría* porque –en nuestro sentir, por fortuna– no logramos encontrar pronunciamientos en los cuales, en concreto, se anulara una decisión de retiro a través de la realización de un juicio de proporcionalidad por parte del juez administrativo, para echar por tierra las razones de orden político, de conveniencia u oportunidad que hubieren conducido a resolver el retiro del servicio de quien desempeñaba el cargo de libre nombramiento y remoción. De hecho, cada vez el Consejo de Estado se muestra –acertadamente, según creemos– más reacio a admitir –como otrora lo hacía, sin mayores titubeos<sup>58</sup>– la procedencia de estructurar una prueba indirecta –indiciaria– de desviación de poder basada en confrontar el perfil de estudios y/o experiencia del servidor público que reemplazó al que cuestiona la legalidad de su desvinculación, para intentar que quede evidenciado que el citado perfil del primero resulta más calificado que el del segundo, en lo cual los demandantes estructuran pretendidos cargos de desmejora del servicio, a nuestro juicio abiertamente improcedentes en la

amplio que abarque el análisis de las competencias, experiencia, estudios y habilidades de los funcionarios saliente y entrante, como también las relaciones de confianza de estos con el nominador, cuestión última que resulta esencial para el buen desempeño y manejo de la administración pública”. En idéntico sentido, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 8 de febrero de 2018, Radicación 250002342000201201507 01, n.º interno 3812-2016. En esta providencia se reflexionó, además, sobre la legalidad de la práctica, sin duda generalizada, de solicitar la *renuncia protocolaria* a quienes desempeñan empleos de libre nombramiento y remoción, para señalar que “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 [...] 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”. Se señala, asimismo, que en otros pronunciamientos de la misma Sección Segunda, como la sentencia de 25 de marzo de 2010, Radicación 7716-2005, se ha sostenido que en el nivel directivo la insinuación de la presentación de la renuncia no es ilegal, pues ello obedece “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 [...]. Siendo así, el nominador podía integrar su grupo de trabajo con empleados afines y que representen confianza para el desarrollo de las funciones sin obstáculos, sin que ello suponga sanción o juicio de valor a la actividad laboral”.

- 58 Esta práctica judicial creemos que obedecía a que *en el fondo* el juez administrativo era consciente de que buena parte de los cargos que en las plantas de personal de las entidades estaban catalogados como de libre nombramiento y remoción, en realidad tenían funciones puras o predominantemente técnicas o administrativas, de suerte que debían ser de carrera administrativa, con lo cual el juez realmente estaba llamado a velar porque no se afectara la adecuada prestación del servicio a través de actos de retiro del mismo, actos que no estuvieran apalancados en un deficiente desempeño de un funcionario respecto del cual verdaderamente resultaba intrascendente que tuviera una relación de especial confianza con el nominador y lo ciertamente relevante era que desempeñara cabalmente las tareas y responsabilidades inherentes al empleo.



medida en que en modo alguno tal suerte de examen cuenta con la potencialidad de enervar –al menos no como único aval demostrativo– la libertad de decisión de la cual dispone el nominador en estos eventos<sup>59</sup>.

## 2.2. LA ANACRÓNICA E INCOHERENTE EXIGENCIA DE DEJAR CONSTANCIA DE LOS MOTIVOS DE LA DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DEL NOMBRAMIENTO EN EL EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN EN LA HOJA DE VIDA DEL SERVIDOR PÚBLICO REMOVIDO DEL CARGO

Es bien sabido que el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 establece que “El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida”. La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de este precepto recordando que la desvinculación de los funcionarios que desempeñan empleos de libre nombramiento y remoción no requiere ser motivada, pero con el matiz consistente en que “en todo caso se trata de una discrecionalidad relativa”. Esto, para precisar que si bien es cierto que ha admitido, en reiteradas ocasiones, que la autorización dada por el Legislador en este sentido no desconoce la Constitución, no lo es menos que ello “no significa que tal autorización sea una patente de corso para proceder arbitraria o caprichosamente en estos casos”, de manera que

la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda. No hay en este caso, excepción al principio de publicidad de los actos administrativos, pues el interesado puede conocer la motivación que originó su retiro<sup>60</sup>.

Parece inocultable lo confuso tanto del contenido de esta disposición como del pronunciamiento de la Corte Constitucional. En los dos se advierte una especie de “no, pero sí”. Por una parte, se avala que los actos de retiro del servicio

59 En este sentido, véase Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 16 de febrero de 2017, Radicación 500012333000201300063 01, n.º interno: 3165-2014. Empero, en la citada providencia, de manera algo confusa desde la perspectiva que en este trabajo defendemos, se afirma que “Si se retira a un funcionario y se nombra en su reemplazo a quien no reúne las condiciones ni requisitos para ejercer el cargo o que con su actuar no se logró la prestación eficiente del servicio, es indudable que tal proceder no se encuentra basado en razones del buen servicio, circunstancias que en el caso que se analiza, no se logró demostrar”.

60 Corte Constitucional, sentencia C-734 de 2000, de 21 de junio de 2000, expediente D-2732.

tratándose de cargos de libre nombramiento y remoción sean inmotivados lo que, en la línea de cuanto se ha expuesto en el presente trabajo, parece consecuente con la naturaleza jurídica –política– de esta clase de decisiones y con la finalidad que justifica la existencia de la potestad en comento; pero por otra, de modo inexplicable, se exige que se deje constancia de los *motivos* de la desvinculación del servidor público en su hoja de vida, lo que entendemos que comporta una exigencia de hacer explícitos los *hechos determinantes* –para hacer referencia a la expresión que en el derecho español se emplea con el fin de aludir a los presupuestos fácticos cuya existencia debe constatar y calificar jurídicamente la autoridad competente para proferir una decisión, antes de emitirla, diferentes de la *motivación* o “*considerando*” de la decisión, que apunta a la explicitación de sus razones en el cuerpo de la misma, lo que viene a erigirse, más bien, en una formalidad del pronunciamiento respectivo– del acto de declaratoria de insubsistencia del nombramiento. Esto, a nuestro entender, resulta casi descabellado, como quiera que priva de todo efecto útil a la exención del deber de motivar la providencia que en el primer segmento de la disposición en cita se incluye y sujeta al nominador a unas cargas de argumentación desde todo punto de vista injustificables si el cargo respectivo verdaderamente tiene funciones de índole político –dirección o conducción institucional– o que requieren de confianza cualificada entre quien lo desempeña y su superior<sup>61</sup>. La Corte Constitucional incluso llega a afirmar que, de todas maneras, el ex-servidor podrá conocer la *motivación* de la decisión de removerlo del cargo a través de esa que cataloga como exigencia de *motivación posterior* de la decisión a través de la constancia en la hoja de vida.

Semejante inconsistencia normativa e imposibilidad para nosotros de comprender el planteamiento jurisprudencial citado –que parece buscar la auténtica *cuadratura del círculo*– creemos que solo puede entenderse en el contexto histórico en el que debe enmarcarse la inclusión de este precepto en el sistema normativo colombiano. Dicho contexto fue signado por esa suerte de *pecado de origen* que identificó a la gestión del empleo público en Colombia antes de 1991, *pecado de origen* consistente en que muchos cargos cuyo contenido funcional era evidentemente técnico o administrativo, que no político o con la exigencia de confianza especialísima multicitada, de manera espuria se habían catalogado como de libre nombramiento y remoción, debiendo ser de carrera administrativa, lo que explicaría esa especie de *remordimiento incontrolado*

61 El contrasentido que tanto la disposición legal como la tesis jurisprudencial aludida comportan, lo evidencia también la aseveración en el sentido de que “en estos casos, opera una discrecionalidad restringida ya que si bien no se requiere la motivación del acto, la propia norma exige que la autoridad haga constar en la hoja de vida del servidor público los hechos y las razones que causan la declaratoria de insubsistencia sin motivación, controlando la arbitrariedad en esas decisiones (motivación posterior)”. Corte Constitucional, sentencia T-708 de 2011, de 22 de septiembre de 2011, expediente T-3069383.

del Legislador que, en apariencia, *deshace con una mano lo que en el segundo previo había hecho con la otra*.

Sin embargo, en el escenario actual, a nuestro entender, la disposición aludida es un precepto francamente desueto, cuya aplicación resulta impropcedente si el empleo correspondiente está correctamente calificado como de libre nombramiento y remoción. Vale decir que en su contenido funcional concurre alguno de los dos presupuestos que la jurisprudencia constitucional esgrime como determinantes de que es plausible atribuirle dicha connotación –funciones políticas o confianza cualificada–. Acatar ese mandato resulta tanto o más criticable que la mal traída exigencia de sustentar este tipo de decisiones de retiro en la elaboración de juicios de proporcionalidad. Igualmente es caricaturesco imaginar a un alcalde o gobernador, por vía de ejemplo, dejando la imposible constancia de los motivos del retiro del servicio vía declaratoria de insubsistencia, de alguno de sus secretarios de Despacho en la administración del respectivo ente territorial. Claramente parece absurdo.

De ahí que la jurisprudencia del Consejo de Estado tenga tantas dificultades para explicar cuáles son los efectos o cuál es la naturaleza jurídica que habría que atribuirle a esta singular exigencia en el marco del abanico de elementos de validez de las decisiones de la Administración. Así, de modo mayoritario ha sostenido –con apoyo en lo expresado por la Corte Constitucional en la antes citada sentencia C-734 de 2000 en el sentido de que la norma que nos ocupa impone una carga de “motivación posterior” del acto de retiro– que

la exigencia en mención, puede ser cumplida en forma posterior a la expedición del acto de insubsistencia y, en consecuencia, es un requisito de índole formal sin la virtualidad de afectar su validez. De manera que la inobservancia en atender esta norma, a lo sumo puede llegar a constituir falta disciplinaria para el funcionario que la omite, pero dado que no ostenta carácter sustancial no tiene ninguna relevancia como para pretender que por esta circunstancia la decisión sea nula<sup>62</sup>.

Sin embargo, en otros lugares se alude a que, bajo algunas circunstancias, la omisión del insostenible deber de dejar la constancia de marras en la hoja de vida del funcionario, podría enfilarse al juez a invalidar la decisión de retiro del

62 Como corolario de este aserto, la Sección Segunda del Consejo de Estado entiende que “las causas o circunstancias del retiro hacen parte de la hoja de vida del funcionario para efectos de tomar en cuenta su experiencia e idoneidad en las futuras vinculaciones y por esta razón, la Sala considera que como la exigencia referida en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 no hace parte de la etapa de formación del acto, desde luego que su inobservancia no torna en ilegal la decisión”. Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 11 de septiembre de 2003, Radicación 25000-23-25-000-1999-0173-01(4714-01).

servicio debido a la incidencia que dicha omisión puede tener en el reparto de la carga de la prueba dentro del proceso judicial respectivo<sup>63</sup>.

La postura que asume la Sección Segunda del Consejo de Estado al descafeinar por completo el alcance de la exigencia de dejar la constancia aludida y calificarla como una formalidad insustancial carente de la entidad suficiente como para comprometer la validez del acto de retiro en caso de ser omitida, pareciera marchar en la dirección de nuestro planteamiento en el sentido de defender la inaplicabilidad, por desuetud, de la disposición en comento. En la actualidad, si el cargo está correctamente perfilado como de libre nombramiento

63 Así, en una aclaración de voto formulada respecto de la sentencia citada en la nota anterior, se explica que en ejercicio de la facultad de retiro de funcionarios que ocupaban cargos de libre nombramiento y remoción de acuerdo con el aludido artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, se presume la legalidad del acto de desvinculación, esto es que estuvo inspirado en razones del buen servicio, "pero no de los motivos, dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos". En ese orden de ideas, "en aras de no continuar permitiendo la vigencia de decisiones secretas u ocultas amparadas en la trajinada frase invocada en la contestación de las demandas que pregona insistentemente por la presunción de legalidad de esta clase de actos y que se expidió para mejorar el servicio, casi convertida en un escollo insuperable que muchas veces legitima decisiones injustificadas", corresponde a la entidad demandada, para gozar de la mencionada presunción, plasmar en la hoja de vida del exfuncionario las razones que motivaron su desvinculación, de modo que "no puede guardar *in pectore* el motivo de la decisión, pues la no acreditación de los supuestos de hecho mediante la anotación en la hoja de vida de las razones del retiro, impide la configuración de la presunción de legalidad quedando [las partes] en el curso del proceso regidas por el principio de igualdad probatoria". Desde esta perspectiva, entonces, cuando la entidad plasma en la hoja de vida del expleado las circunstancias o hechos que ocasionaron el retiro, el cumplimiento de esa carga "configura la presunción de mejoramiento del servicio y en consecuencia, le corresponde al demandante desvirtuarla allegando el material probatorio tendiente a atacar el hecho que se deduce, (mejoramiento del servicio) e implícitamente los antecedentes de donde se infiere (anotaciones en la hoja de vida)"; pero, *contrario sensu*, si la Administración no demuestra que satisfizo la carga en mención, "no se beneficia de la presunción dado que en esta hipótesis, no habrá presunción de legalidad y en consecuencia, las partes quedan en la igualdad probatoria consagrada en el artículo 177 del CCA que promueve la equidad en las relaciones procesales". Todo lo anterior en virtud de que –siempre de acuerdo con lo expuesto por el magistrado que aclara su voto–, el artículo 176 del hoy derogado Código de Procedimiento Civil preceptuaba que los hechos presumidos por la ley están excluidos del deber procesal de ser demostrados, de modo que "la presunción es un medio indirecto para alcanzar la verdad, ya que se trata de la lógica conexión de un hecho conocido como cierto –hecho antecedente– para llegar a otro que se infiere o deduce –hecho deducido–". Dicha lógica, que conectada con la aplicación del citado artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, determina que solo a partir de la acreditación de los hechos o circunstancias antecedentes en que se sustenta la presunción legal se da lugar a que esta opere, y solo existiendo estos la presunción se configura, *ergo* quien se encuentra favorecido con la presunción legal –entidad estatal que decide el retiro del servicio– cuenta con tal beneficio sí y solo sí existen los supuestos de hecho –constancia de los motivos de la desvinculación en la hoja de vida– y solo así se infiere la consecuencia de la presunción, hecho deducido, conformidad a derecho de la desvinculación.

y remoción, esa previsión normativa que obliga a realizar la tantas veces mencionada constancia carece de justificación plausible alguna; es más, incluso entendemos que desconoce la esencia del empleo de *libre* nombramiento y remoción, que implica esa *libertad* de acción del nominador para escoger y renovar su equipo de apoyo en el nivel de dirección o respecto del cual precisa de la máxima confianza. Dicho imperativo de la constancia en la hoja de vida solo puede entenderse históricamente como explicable respecto de empleos indebidamente catalogados como de libre nombramiento y remoción por sus funciones primordialmente técnicas, fruto de la preocupación de un legislador consciente de que en tales casos debe ser el deficiente desempeño del funcionario –y no su relación de confianza con sus superiores– lo que determine el retiro del servicio. Esto explica que muchas veces también otrora el juez administrativo intentara por todos los medios escudriñar en las verdaderas razones de la desvinculación, acudiendo para ello a artilugios como el de comparar el perfil del funcionario removido con el de su reemplazo, para estructurar vía indiciaria la evidencia de la desviación de poder.

Nada de eso parece procedente en la actualidad. Por los tiempos que corren, si el empleo público está mal clasificado como de libre nombramiento y remoción porque su contenido funcional conduce derechamente a incluirlo dentro de la carrera administrativa, lo que resulta procedente según lo entendemos es cuestionar en sede judicial –en caso de que la propia autoridad competente para confeccionar la planta de personal de la entidad no enmiende su propio yerro–, a través de la acción pública de inconstitucionalidad o del medio de control de nulidad simple, el acto normativo respectivo; incluso, sería procedente, en nuestro sentir, aplicar la excepción de inconstitucionalidad en estos casos y dar al empleo el tratamiento propio de los de carrera administrativa, a pesar de su indebida catalogación formal como de libre nombramiento y remoción. Pero no formular exigencias inabordables y conceptualmente insostenibles como la que en este apartado del trabajo criticamos<sup>64</sup>.

64 La propia Corte Constitucional no ayuda demasiado a clarificar tan difuso panorama cuando confunde de manera injustificable la destitución y la declaratoria de insubsistencia del nombramiento como causales autónomas de retiro del servicio, con la bien conocida naturaleza sancionatoria que tiene la primera pero de la cual evidentemente está desprovista la segunda, al afirmar, por ejemplo, que “En ese contexto, la misma Corporación ha señalado frente a la destitución de empleados de libre nombramiento y remoción por razones de pérdida de confianza [...] que] siendo la confianza un factor determinante a la hora de vincular funcionarios en cargos de libre nombramiento y remoción, su pérdida constituye una razón justificada para que la Administración de por terminada la relación laboral con el empleado público y de esta forma garantice tanto la prestación del buen servicio como la satisfacción del interés público. En ese entendido, cuando la decisión de insubsistencia es consecuencia de actuaciones del servidor que contribuyeron a que su nominador perdiera la confianza en él, el acto no puede catalogarse como arbitrario o dictado con desviación de poder”. Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-317 de 2013, de 28 de mayo de 2013, expediente T-3463457. Esta providencia pone de presente,

además, en nuestro sentir, la multiplicidad de dificultades e inconsistencias conceptuales a las cuales conduce, muy probablemente, que se haya calificado como de libre nombramiento y remoción un empleo en cuyas funciones prima lo técnico y, en particular, una exigencia de la más rigurosa imparcialidad por parte del funcionario, que constituyen características que cazan mucho mejor con la carrera administrativa que con el ámbito de decisión política que identifica la potestad de libre nombramiento y remoción, pese a que el cargo sin duda pueda tener funciones de coordinación o de conducción institucional. Se trató del caso de un servidor público que desempeñaba el empleo de registrador distrital en la Registraduría Nacional del Estado Civil, entidad pública bajo cuyo cargo se encuentra, además del manejo del registro civil de las personas, la organización y la gestión de los comicios electorales, bajo estrictas condiciones de eficiencia, competencia técnica y absoluta neutralidad política. Ciertamente, el empleo en cuestión tiene a su cargo tareas de coordinación y dirección, pero ello no siempre es incompatible con la carrera administrativa y, al contrario, en este tipo de entidades con funciones como las descritas, el acceso a empleos de la índole anotada perfectamente puede ser el escalón más alto al cual aspire legítimamente un funcionario con escalafonamiento en carrera que, fruto del mérito, la capacitación y el aprovechamiento de estímulos e incentivos, vaya progresando y logrando movilidad vertical dentro del sistema. Empero, para la época en que se profiere la decisión de tutela mencionada, el empleo en cuestión se catalogaba como de libre nombramiento y remoción, y el funcionario que lo desempeñaba fue removido del mismo vía declaratoria de insubsistencia del nombramiento, según él lo adujo y como lo relata la sentencia, como consecuencia de unas investigaciones penales y disciplinarias que se iniciaron en su contra debido a supuestas irregularidades evidenciadas durante una jornada electoral, investigaciones que culminaron con la exoneración de responsabilidad del servidor público que, de todos modos, había sido retirado ya del servicio. La Jurisdicción Contenciosa, en el proceso ordinario respectivo, declaró la nulidad del acto de declaratoria de insubsistencia del nombramiento por entender que su proferimiento desbordó cualquier límite de razonabilidad en el ejercicio de la facultad discrecional ejercida e incurrió en desvío de poder. El Tribunal Administrativo, en la sentencia de segunda instancia atacada a través de la acción de tutela, concluyó que la coetaneidad entre la fecha de apertura de la investigación penal –en el marco de la cual llegó a dictarse medida de aseguramiento contra el sindicado y a proferirse en su contra resolución de acusación, aún cuando finalmente se le absolvió– y la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, “permite concluir que en realidad los fines perseguidos en el acto acusado fueron distintos a los del buen servicio y obedecieron a una sanción, lo que efectivamente estructura la desviación de poder”. La Corte Constitucional no compartió esta apreciación del Tribunal y dejó sin efectos la sentencia cuestionada, pues a pesar de coincidir con el Tribunal Contencioso Administrativo en que “el móvil de la destitución del señor [...] se encuentra en las investigaciones de tipo penal y disciplinario iniciadas en su contra, lo anterior no puede entenderse como una sanción o como un ejercicio arbitrario de la facultad discrecional con que cuenta la Registraduría para disponer de cargos de libre nombramiento y remoción, sino precisamente como una medida para adecuar el funcionamiento de la entidad a los fines de la administración y a mejorar el servicio”. Más allá de la nueva reprochable confusión en la cual incurre la Corte entre la sanción disciplinaria de destitución y la causal de retiro del servicio desprovista de connotación punitiva alguna que es la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, para el Tribunal Constitucional primó la circunstancia de que el cargo “era de libre nombramiento y remoción, [y] su estabilidad en el mismo estaba dada por la relación de confianza que existiera entre él y su nominador. Confianza que, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y de las responsabilidades electorales que requiere, debe ser reforzada con el fin de

### 3. LA INAPROPIADA APLICACIÓN DE LA FIGURA DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA O *RETÉN SOCIAL* PARA OBSTACULIZAR EL RETIRO DEL SERVICIO EN EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

#### 3.1. LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA O *RETÉN SOCIAL*

El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política ha dado lugar a la formulación de un entramado tanto de normas como de precedentes judiciales orientados a brindar un tratamiento especial a determinados sectores de la población que se encuentran en situaciones que ameritan

garantizar el respeto de la función electoral que a su vez es instrumento indispensable para el ejercicio de nuestra democracia. En este caso, la protección de la imparcialidad y la transparencia en el proceso electoral era imperativa para la Registraduría, razón por la que debía hacer uso de la facultad discrecional para declarar insubsistente cargos de esa naturaleza, la cual se constituía como el mecanismo idóneo para cumplir con esa finalidad. Por tanto, su presunta vinculación en las irregularidades acaecidas en el proceso electoral de 2010, rompió esa relación de confianza, generando un motivo justificado y razonable para que la administración decidiera terminar el contrato y garantizar un correcto funcionamiento de la entidad, y, en consecuencia, una mejora en el servicio. No desconoce la Sala que esta medida puede traducirse en una restricción del derecho al trabajo. No obstante, se observa que la misma resultaba necesaria, proporcional y razonable a los fines perseguidos por la entidad". Agregó la Corte que, además de lo anterior, el Consejo de Estado ha indicado que el inicio de una investigación disciplinaria no constituye un impedimento para que la Administración ejerza la facultad de libre nombramiento y remoción –Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 17 de mayo de 2007, Radicación 25000-23-25-000-1999-04699-01(6862-05)– y que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en este caso "se explica en la necesidad, evidenciada por el constituyente derivado, de despolitizar la RNEC a través de instrumentos objetivos de selección de sus servidores, lo que permite la configuración de una institución de índole técnica". Las contradicciones e inconsistencias, a nuestro entender, no pueden resultar más evidentes: si se pretende gestión neutral y técnica de la función electoral, que es lo que corresponde a las funciones del empleo de marras, el mismo bajo ninguna perspectiva puede ser de libre nombramiento y remoción, sino de carrera. Resulta ajeno a la esencia de un empleo con verdaderas funciones de naturaleza política o que requieran de confianza cualificada, que el juez entre a cuestionar las razones que condujeron a que el nominador perdiera esa confianza en el funcionario de marras si con la decisión de retiro simplemente se persiguió mantener el buen funcionamiento de la entidad en su nivel de dirección. Pero resulta insostenible conceptualmente y contradictorio a la misma vez reclamar neutralidad política e idoneidad técnica en el desempeño de un empleo público, pese a ello catalogarlo de forma absurda como de libre nombramiento y remoción y, finalmente, en el clímax de lo antitético, enjuiciar la legalidad del acto de retiro en función de la eficiencia del desempeño del servidor público, cuando se supone que –al calificar el cargo como de libre nombramiento y remoción– es la confianza con el nominador lo que debería prevalecer. Un galimatías absolutamente imposible de entender. Es en el marco de contextos como el descrito que se inscriben inexplicables disposiciones como la comentada del artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968.

de consideración especial. Y es que el modelo de Estado social de derecho se distingue precisamente por la centralidad que en el marco del mismo tiene el propósito de hacer efectiva la igualdad material y no meramente formal, de manera que ello avala el diseño de medidas de acción afirmativa que protejan a los grupos discriminados o a quienes se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. En ese contexto se ha identificado un acervo de situaciones merecedoras de protección consistente en la garantía de pervivencia del vínculo laboral, incluso por vía de acción de tutela, toda vez que se presume que el retiro del servicio fue resultado de una decisión discriminatoria por parte del empleador, vulneratoria del citado derecho a la igualdad, entre otros<sup>65</sup>.

Así, ante la necesidad de salvaguardar la vida del que está por nacer (artículo 44 CP) y la protección constitucional de la cual gozan las mujeres en estado de gravidez (artículo 43), se reconoció la situación de estabilidad laboral reforzada en favor de las mujeres gestantes por virtud de la cual la desvinculación de la empleada embarazada deviene ineficaz en todo caso, sin importar el tipo de vinculación y durante la totalidad de la gestación y las 14 semanas siguientes al parto –período de lactancia<sup>66</sup>–. De igual modo, se reconoció la aludida protección a las personas que se encuentran en situación de diversidad funcional –común, aunque inapropiadamente conocida como discapacidad– física o mental, lo que en virtud de lo preceptuado por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 determina que el despido de un trabajador que haya sido calificado con un porcentaje menor al 50% de pérdida de capacidad laboral resulta ineficaz si no se efectúa con la preceptiva autorización del Ministerio del Trabajo. La jurisprudencia constitucional también ha extendido la catalogación de ineficaz al despido de trabajadores que por razones de salud se ven abocados a trasegar períodos de incapacidad laboral extensos dada la necesidad de proteger a la persona en su convalecencia médica y hasta que recupere su condición de

65 La protección laboral reforzada de marra se desprende no solo de lo preceptuado en el artículo 13 de la Constitución Política, que impone al Estado la obligación de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino también de lo normado en los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores, entre otros que consagran “garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado [...] y que constituyen en sí mismos fines esenciales en el Estado social de derecho”: Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-184 de 2003, de 4 de marzo de 2003, expediente D-4218; C-964 de 2003, de 21 de octubre de 2003, expediente D-4575; C-044 de 2004, de 27 de enero de 2004, expediente D-4711; T-768 de 2005, de 25 de julio de 2005, expediente T-1073680; T-587 de 2008, de 12 de junio de 2008, expediente T-1525309; y C-795 de 2009, de 4 de noviembre de 2009, expediente D-7725.

66 Corte Constitucional, sentencias SU-070 de 2013, de 13 de febrero de 2013, expediente T-2361117 y acumulados; y SU-075 de 2018, de 24 de junio de 2018, expediente T-6240380 y acumulados.



salud o del servidor público que se encuentra a menos de tres años de lograr la consolidación de su derecho a percibir una pensión de jubilación.

Ese tipo de situaciones empezaron a ser reconocidas con ocasión del denominado Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP) desde finales de los años noventa del siglo pasado y principios del presente, en el contexto del cual se decidió la reducción del tamaño de la Administración pública a través de la supresión o fusión de entidades o de dependencias al interior de las mismas. Paralelamente fue imponiéndose la exigencia de adoptar esa clase de determinaciones atendiendo a la exigencia de reconocer y aplicar las garantías previstas en favor de sujetos que ameritan especial protección<sup>67</sup>. En ese contexto se consagró la protección reforzada conocida como retén social en la Directiva Presidencial n.º 10 de 2002, que justamente se encaminaba en la anotada dirección de reestructurar el Estado para reducir sus costos de funcionamiento, pero acompañando las decisiones adoptadas en desarrollo del PRAP con una protección reforzada de la posición jurídica de los sectores que tuvieran que soportar en mayor medida los efectos derivados del recorte de las dimensiones de la Administración<sup>68</sup>.

En consonancia con lo previsto en la directiva presidencial traída a colación, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 identificó a los sujetos que serían objeto de la especial protección por ella prevista para precisar que

de conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar

67 En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional expresó que "Con fundamento en lo anterior puede sostenerse que la validez de un proceso de reestructuración que adopte el legislador depende de que se haya producido dentro de los principios que rigen la Administración pública, contemplando estrategias para la protección de los derechos de los trabajadores, y cuidando que las actuaciones a través de las cuales se materializa no exceda[n] los límites legalmente establecidos para realizarlo. De tal manera que el retiro proveniente de la fusión o supresión de empleos 'debe ir acompañado de las garantías necesarias para que el trabajador no quede desprotegido en sus derechos y el proceso en sí no se convierta en un elemento generador de injusticia social'. Corte Constitucional, sentencias T-587 de 2008, de 12 de junio de 2008, expediente T-1525309; y C-795 de 2009, de 4 de noviembre de 2009, expediente D-7725.

68 En ese orden de ideas describió la política en comento expresando que "la política del 'retén social' deberá aplicarse en los procesos de reforma: se garantizará la estabilidad laboral de las madres solteras cabeza de familia, los discapacitados y los servidores próximos a ser pensionados. Igualmente, se establecerá y reglamentará un sistema de bonificación para la rehabilitación de los servidores del Estado cuyo cargo sea suprimido como consecuencia del proceso de reforma de la administración pública".

de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.

Esta protección de raigambre constitucional, al derivar del contenido de disposiciones superiores con la estructura y con la dinámica de aplicación propia de los principios, impone que tanto las normas legales que la desarrollen como los pronunciamientos administrativos o jurisdiccionales concretos que la pongan en práctica, contemplen que “de acuerdo a cada situación, se prevea una protección de distinto grado o diferente extensión”<sup>69</sup>. Sin duda, en todos estos casos se plantean colisiones entre principios que deben resolverse con apoyo en el principio de proporcionalidad pues, por una parte, se encuentran los bienes jurídicos que radican en cabeza del servidor público la prerrogativa

69 Corte Constitucional, sentencia SU-897 de 2012, de 31 de octubre de 2012, expedientes T-2016510, T-2022905, T-2026223, T-2069461, T-2118006, T-2151811, T-2178492, T-2198113, T-2244180 y T-2814987. En este mismo pronunciamiento y en el sentido expresado, se señala de forma atinada que “la interpretación que ahora se realice debe tener en cuenta que el derecho a la seguridad social, al menos en su contenido general, tiene una estructura principal, que hace imposible obtener respuestas que impliquen la absoluta protección o, por el contrario, el total desconocimiento de esta garantía *ius* fundamental. Ante la existencia de un derecho fundamental será necesario que en cada situación fáctica en que se quiera concretar la protección derivada del derecho el intérprete determine en qué medida debe protegerse y, en consecuencia, hasta dónde debe llegar dicha protección”. Resulta enteramente atinado en nuestro sentir el razonamiento de la Corte en este pronunciamiento en el sentido de que “en el presente caso se presenta ante la Corte una situación concreta en la que colisionan dos principios constitucionales: de un lado estaría la garantía de la seguridad social en pensiones, en una de sus formas de concreción, cual es la protección diseñada para las personas que, siendo empelados de una de las entidades afectadas por el PRAP, están próximas a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez; y, del otro, los principios de eficacia, economía y celeridad de la administración—artículo 209 de la Constitución—, que se concretan en procesos liquidatorios de las entidades de la administración incluidas en el PRAP desarrollados sin inconvenientes, ni dilaciones injustificadas. La armonización en concreto de dichos principios no puede dar como resultado la absoluta preponderancia de uno sobre el otro, de manera que se anule por completo alguno de dichos contenidos, a favor de la aplicación irrestricta del otro”. En el caso estudiado en la providencia en cita se concluyó que la protección del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones para lograr que el servidor público cumpla los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez ampara que se ordene garantizar el pago de los aportes requeridos a tal efecto al sistema pensional, pero con la muy importante precisión en el sentido de que cuando una entidad estatal se encuentra en trance de liquidación, “la orden no puede ser el reintegro del trabajador al cargo que desempeña” si se tiene en cuenta que el propósito de los procesos liquidatorios no es otro que el de finiquitar las relaciones jurídicas creadas por la institución durante su existencia, de suerte que lo lógico es que en ese contexto se supriman paulatinamente los puestos de trabajo existentes, lo que torna innecesario que se mantengan cargos que no estén desempeñando función alguna, toda vez que ello “redundaría en un retraso que afectaría negativamente el principal fin del PRAP que, ante todo, es culminar de forma celeridad y eficiente los procesos liquidatorios de las entidades de la administración”.

de recibir la protección laboral reforzada, pero en la otra mano están los principios de la función administrativa que sustentan la decisión de disponer el retiro del servicio de funcionarios no solo a través de la liquidación o reestructuración de entidades o de sus plantas de personal, sino también por medio de la desvinculación individual de empleados respecto de cargos de diversa índole: carrera administrativa provistos en propiedad o provisionalmente, de libre nombramiento y remoción, temporales, en fin.

Asimismo, se hace evidente que relativamente recientes disposiciones normativas que recogen las subreglas de decisión jurisprudencial sobre retén social no hacen distinción alguna ni respecto del tipo de cargo ni en punto de la forma como se encuentre provisto, a efectos de aplicar la estabilidad laboral reforzada de manera diferenciada o de decidir no aplicarla, habida consideración de la muy disímil posición jurídica del servidor público y del peso que frente a ella puede tener el interés general, en función de la índole del empleo en cuestión y de su forma de provisión. Así, por ejemplo, en el Decreto 648 de 2017 se incluye un capítulo exclusivamente destinado a regular la "protección especial en caso de supresión del empleo como consecuencia de una reforma de planta de personal", sin que ni en el título del apartado respectivo ni en el contenido de las disposiciones que lo integran se realice ese tipo de diferencias que estimamos imprescindibles, lo que puede llevar a entender –equivocadamente a nuestro juicio– que se encuentra en la misma posición jurídica a efectos de dar aplicación al retén social, el servidor público escalafonado en carrera administrativa, el que desempeña empleo de carrera pero nombrado en provisionalidad o el titular de un cargo de libre nombramiento y remoción<sup>70</sup>.

70 Así, por ejemplo, el artículo 2.2.12.1.2.1 del Decreto 648 de 2017 establece: "Destinatarios. No podrán ser retirados del servicio las madres o padres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años". A su turno, el artículo 2.2.12.1.2.2 preceptúa: "Trámite. Para hacer efectiva la estabilidad laboral de que trata el artículo anterior, los organismos y entidades que modifiquen sus plantas de personal respetarán las siguientes reglas: [...] 2. Aplicación de la protección especial: [...] Con base en las certificaciones expedidas por los jefes de personal o quienes hagan sus veces y en las valoraciones del tipo de limitación previstas en el numeral anterior, el secretario general de la respectiva entidad analizará, dentro del estudio técnico correspondiente a la modificación de la planta de personal y teniendo en cuenta la misión y los objetivos del organismo o entidad, el cargo del cual es titular el servidor público que se encuentra en alguno de los grupos de la protección especial y comunicará a los jefes de la entidad respectiva los cargos que de manera definitiva no podrán ser suprimidos o las personas a quienes se les deberá respetar la estabilidad laboral. En caso de supresión del organismo o entidad, la estabilidad laboral de los servidores públicos que demuestren pertenecer al grupo de protección especial de que trata el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se mantendrá hasta la culminación del proceso de supresión o liquidación. La garantía para los servidores próximos a pensionarse deberá respetarse hasta el reconocimiento de la pensión de jubilación o de vejez". Similar pareciera ser el alcance de lo normado en el

### 3.2. SU CUESTIONABLE EXTENSIÓN A LOS EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

Con apoyo en estos razonamientos, la jurisprudencia constitucional ha exigido, para garantizar la efectiva protección de los derechos fundamentales en cabeza de este grupo de personas con condiciones especiales, que las entidades en los procesos de reestructuración realicen un estudio técnico que ha de servir de base para adoptar cada una de las medidas previstas, independientemente de la naturaleza del cargo, de modo que las decisiones de desvinculación obedezcan a razones objetivas y se reconozca en cada caso la discriminación positiva a que haya lugar. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido, pues, que la protección en comento resulta aplicable también tratándose de empleos de libre nombramiento y remoción por considerar que si bien es verdad que tienen una estabilidad laboral precaria, no es menos verídico que dentro de tales procesos de reestructuración deben ser tratados de manera igualitaria respecto de servidores públicos en otro tipo de cargos, si forman parte de un grupo merecedor de protección especial<sup>71</sup>. Incluso se ha sostenido que "son excepciones a la no motivación del acto de desvinculación de funcionarios en cargos de libre nombramiento y remoción, aquellos casos en los que se esté en presencia de un funcionario que reúna los requisitos para pertenecer al retén social"<sup>72</sup>, como los de padre y madre cabeza de familia, personas discapacitadas, personas prepensionadas<sup>73</sup> o se esté en presencia de

artículo 2.2.12.1.2.3: "Pérdida del derecho. La estabilidad laboral a la que hace referencia este capítulo cesará cuando se constate que el expleado ya no hace parte del grupo de personas beneficiarias de la protección especial. En todo caso, la estabilidad laboral cesará una vez finalice el proceso de supresión o liquidación".

71 Corte Constitucional, sentencia T-862 de 2009, de 27 de noviembre de 2009, expediente T-2311487. En el caso decidido en esta providencia, la Corte reprochó a la entidad pública no haber presentado un estudio técnico en el cual se evaluara la hoja de vida de la accionante para corroborar si hacía parte del retén social o no, pues la entidad conocía la edad de la demandante y el tiempo que llevaba laborando, así como la expectativa legítima de pensión, sin que resulte de recibo que por desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción podía ser desvinculada a voluntad del nominador, pues "si bien, esta regla aplica de manera genérica para la vinculación y permanencia de quienes ocupan estos cargos, en los procesos de reestructuración, la vinculación se hace menos precaria pues debe obedecer a un estudio técnico previo en el que por razones objetivas se recomienda la supresión de algunos cargos", argumento que llevó a que en la decisión aludida se resolviera ordenar "la vinculación transitoria de la demandante hasta tanto se analice si hace parte o no del retén social al momento de la supresión de su cargo".

72 Corte Constitucional, sentencia T-862 de 2009, de 27 de noviembre de 2009, expediente T-2311487.

73 Corte Constitucional, sentencia T-1239 de 2008, de 11 de diciembre de 2008, expedientes acumulados T-1.968.373 y T-1.923.927.

una mujer embarazada<sup>74</sup>. Este parecer, sin embargo, no se había mantenido pacíficamente en el seno de la Corte Constitucional, que en otras providencias hizo prevalecer la precariedad de la posición jurídica del funcionario que ocupa empleo de libre nombramiento y remoción<sup>75</sup>.

El Consejo de Estado también ha considerado que la protección especial aquí reseñada –por ejemplo, en favor de quienes están próximos a consolidar el estatus pensional– resulta aplicable tanto a empleados nombrados en provisionalidad en empleos de carrera administrativa como a empleados de libre nombramiento y remoción, de manera que en estos casos el nominador debe procurar, con apoyo en la utilización del principio de proporcionalidad, el hallazgo de alternativas que permitan, a la vez que ejercer la facultad de retirar del servicio a este tipo de funcionarios, mantenerlos en algún otro cargo o con alguna clase de vínculo con la entidad<sup>76</sup>.

74 Corte Constitucional, sentencias T-800 de 1998, de 14 de diciembre de 1998, expediente T-179.755; y SU-448 de 2011, de 26 de mayo de 2011, de expediente T-2176281.

75 Corte Constitucional, sentencia T-708 de 2011, de 22 de septiembre de 2011, expediente T-3069383. En este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional afirmó que siguiendo los parámetros que fijó en la sentencia T-187 de 2010, la acción de tutela es improcedente en este tipo de casos atendiendo a que “no se evidencia que el despido sea consecuencia de un hecho injustificado, que de manera alguna se funde en su condición de discapacidad o que sea contrario a los criterios de oportunidad y proporcionalidad. Por el contrario, de los hechos descritos sólo se puede reafirmar el carácter discrecional al que están sometidos los cargos de libre nombramiento y remoción debido a la confianza que los rige. En todo caso, las censuras efectuadas sobre la decisión de la Contralora, así como la prueba sobre la presunta desviación de poder deben ser examinadas a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”. En el caso decidido en esta sentencia, el demandante se posesionó en un cargo de libre nombramiento y remoción en la Contraloría General de la República casi 10 años antes y desde esa época sufría de una paraplejía que lo obligaba a movilizarse en silla de ruedas; además, posteriormente adquirió una complicación cardíaca.

76 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 29 de febrero de 2016, Radicación 05001-23-33-000-2012-00285-01(3685-13). En la providencia citada se afirmó que “al ejercer la potestad discrecional de libre nombramiento y remoción, la administración deberá tener en cuenta que la protección especial de quienes están próximos a consolidar el estatus pensional es un imperativo constitucional, razón por la cual es necesario que el nominador realice un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los pre pensionados (mínimo vital, igualdad, seguridad social) y la satisfacción del interés general del buen servicio público, con el fin de tomar la decisión más ‘adecuada a los fines de la norma que la autoriza’ y ‘proporcional a los hechos que le sirven de causa’, buscando en lo posible, armonizar el ejercicio de la facultad discrecional del literal a del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 con las disposiciones que consagran la protección especial de los sujetos que están próximos a pensionarse”. Y a renglón seguido, de manera que estimamos evidentemente confusa y hasta contradictoria, asegura que “la sola condición de estar próximo a consolidar el estatus pensional no tiene el alcance de enervar la facultad discrecional con que cuenta la administración para retirar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción, mediante la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, la cual en todo caso deberá ser ejercida bajo la estricta regla consagrada en el artículo 44 del CPACA, es decir, ser adecuada los fines de la norma que la autoriza y proporcional

Especialmente llamativo nos resulta el caso decidido por la Corte Constitucional en la sentencia T-372 de 2012, no solo teniendo en cuenta lo problemática que resulta la aplicación de la estabilidad laboral reforzada a cargos de libre nombramiento y remoción, sino también lo discutible que en este preciso evento resultaba tanto la catalogación del cargo como de esta índole<sup>77</sup> cuanto la del demandante como discapacitado<sup>78</sup>. En la providencia mencionada, por lo demás, están presentes algunas de las inconsistencias que se han subrayado en este trabajo, como la exigencia de dejar constancia de los motivos del retiro en la hoja de vida del funcionario y la de basar la decisión de desvincularlo en la utilización del principio de proporcionalidad<sup>79</sup>.

a los hechos que le sirven de causa, buscando armonizar la protección especial del servidor público que está próximo a cumplir los requisitos de su pensión con la finalidad del buen servicio público”.

77 La sentencia da cuenta de que el accionante adujo que había sido víctima de transgresión al derecho a la igualdad por el otorgamiento de un trato diferenciado al no aplicarse por parte de la Fiscalía la excepción de inconstitucionalidad en su caso, cosa que la entidad sí hizo respecto de diez funcionarios que ocupaban el mismo cargo de fiscal auxiliar ante la Corte Suprema de Justicia que fueron tenidos como de carrera.

78 Respecto de la sentencia se presentaron salvamentos de voto, en los cuales se indicó que el demandante aún estaba lejos de corresponder a la tercera edad, que la enfermedad que padecía no podía catalogarse como grave –los períodos de incapacidad laboral fueron 12 días del mes de febrero de 2011, de modo que resulta insostenible que los trabajadores que “por motivos de salud se ausenten temporalmente de sus labores, ‘puedan ser considerados como una persona con discapacidad’ [...] son confundidos los conceptos ‘discapacidad’ e ‘incapacidad laboral’–, que al momento de instaurar la acción de tutela trabajaba en la Procuraduría General de la Nación devengando ingresos relativamente altos y que se había desempeñado en el empleo de fiscal auxiliar ante la Corte Suprema durante escasos tres meses.

79 En este caso fue declarado insubsistente el nombramiento del demandante, quien desempeñaba el empleo de fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia, calificado como de libre nombramiento y remoción, aun cuando se encontraba padeciendo complicaciones de salud generadas por el desempeño de las funciones propias del cargo; concretamente, la alta carga de trabajo que enfrentaba le generó estrés laboral y ello, en criterio de la Corte, lo convertía en sujeto en condición de vulnerabilidad, pero la Fiscalía, a pesar de tener conocimiento de esta situación, procedió a despedirlo invocando “razones del servicio”, de modo que se indicó en la sentencia que “si bien el accionante se desempeñaba en un cargo de libre nombramiento y remoción, la entidad al retirarlo del servicio, sin mayores explicaciones, terminó excediendo los límites que la ley y la Constitución le imponían sobre un sujeto de especial protección constitucional, atendiendo las particulares condiciones de salud que permitían identificarlo como una persona con discapacidad”. A juicio de la Corte, se configuró un exceso en el ejercicio de las facultades discrecionales por parte de la Fiscalía, en primer lugar, comoquiera que “desconoció la obligación constitucional de propender, como medida inicial, por la reubicación en un cargo igual o similar al desempeñado. De no ser posible, permitir la continuación en el mismo cargo siempre y cuando se ajustara sus funciones a las reales condiciones de salud del empleado. En segundo lugar, se incumplió el deber constitucional de hacer la anotación en la hoja de vida del accionante sobre los motivos del retiro del servicio, además de que no logró desvirtuar que el retiro del servicio no obedeció a factores como la salud física y mental

A nuestro entender, no resulta razonable, procedente ni consecuente con la naturaleza de un empleo que esté correctamente calificado como de libre nombramiento y remoción ni respetuoso del imperativo constitucional en virtud del cual debe en todo caso prevalecer el interés general respecto de situaciones, derechos o intereses individuales –por muy relevantes y dignos de protección que pudieren resultar– admitir que la estabilidad laboral reforzada derivada de las situaciones de *retén social* se extienda a los empleos de libre nombramiento y remoción. En este ámbito, como lo hemos sostenido en otro lugar<sup>80</sup>, entendemos que resulta absolutamente improcedente exigir la utilización del principio de proporcionalidad para decidir el retiro puntual de un funcionario, como lo reclaman la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la del Consejo de Estado citadas, pues entendemos que tratándose de este tipo de empleos la colisión entre principios que su provisión o el retiro de quien los desempeña plantea, fue decidida ya por el Legislador que, con apoyo en la Constitución Política, en la necesidad de hacer prevalecer el interés general, el buen funcionamiento de las entidades en su nivel directivo o en los casos en los cuales debe prevalecer la confianza del nominador en el funcionario, ha decidido que no puede reclamarse fuero alguno de estabilidad, en ningún caso, tratándose de cargos de esta naturaleza. Cargos en relación con los cuales tampoco estimamos jurídica ni argumentativamente sostenible proponer y desarrollar un test riguroso de igualdad proponiendo como *tertium comparationis* con ellos –como equivocadamente lo hace alguno de los pronunciamientos jurisprudenciales citados– a los empleos de carrera administrativa, no solo habida cuenta de la diversidad de contenido funcional inherente a estos sino la posición jurídica robustecida de quien accede a ellos en virtud del mérito y la capacidad que exige superar un concurso.

Por ello saludamos como afortunada y plausible la postura asumida en reciente sentencia de unificación jurisprudencial por la Corte Constitucional que, refiriéndose puntualmente a la situación de prepensionados que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, concluyó que tal *derecho* a la estabilidad laboral reforzada en favor de los llamados *prepensionados* no aplica tratándose de la modalidad de empleos en cuestión, con base en un razonamiento que

del accionante. En tercer lugar, se inobservaron los fines del Estado y la función administrativa al desprotegerse los derechos y libertades del accionante, además que la medida de desvinculación no resultó proporcional a la protección especial que merecía el actor en razón a su situación de vulnerabilidad". La Corte ordenó el reintegro del accionante a un cargo de igual o superior jerarquía al que venía desempeñando cuando fue desvinculado, sin solución de continuidad y "siempre que fuere compatible con su actual condición de salud. La entidad deberá someter a consideración del accionante las opciones y será este quien determine libremente cuál considera más adecuada para el restablecimiento de sus derechos. Esta será la oportunidad para que exprese la voluntad de no ser reintegrado".

80 Véase nuestro trabajo *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*, óp. cit., pp. 62 y ss.

consideramos extensible a las restantes circunstancias que generan estabilidad laboral reforzada en el sentido de que

este tipo de empleos, tal como se indicó supra, exigen el máximo grado de confianza por parte de sus nominadores y, por tanto, de discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción. Por tanto, extender la protección individual de la garantía de estabilidad laboral reforzada a estos servidores supondría desconocer, de modo absoluto, la finalidad o naturaleza de estos empleos, la cual se ha considerado ajustada a la Constitución, entre otras, en las sentencias C-195 de 1994 y C-514 de 1994<sup>[81]</sup>.

De hecho la Corte expresa, sin ambages y sin realizar puntualizaciones o distinciones en función de la circunstancia que da lugar a la aplicación del retén social –aún cuando la correcta estructuración del precedente judicial derivado de la referida sentencia SU-003 de 2018 fuerza a vincular su *ratio decidendi* con el patrón fáctico del prepensionado exclusivamente–, que “la Sala Plena de la Corte Constitucional considera que, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, no gozan de estabilidad laboral reforzada”<sup>82</sup>.

81 Corte Constitucional, sentencia SU-003 de 2018, de 8 de febrero de 2018, expediente T-5712990.

82 No podemos estar más de acuerdo con los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional en el citado pronunciamiento, razón por la cual los hacemos nuestros, abogamos por su acogimiento y generalización, y por todo ello, los transcribimos *in extenso* enseguida: “Estas razones, asociadas, bien al ejercicio de funciones de dirección, conducción u orientación institucional, ora de un alto grado de confianza, justifican no solo la excepción a la regla constitucional de ingreso por concurso a la carrera administrativa, sino que también habilita un tratamiento distinto en la aplicación de los distintos fueros de estabilidad laboral, entre ellos el de ‘prepensión’, en los términos de la primera regla de unificación de esta sentencia. En consecuencia, tal como allí se indicó, por regla general, los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, que relaciona el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, no gozan de estabilidad laboral reforzada como consecuencia, bien, de las funciones a su cargo o de la suma confianza que exige su labor. Este tipo de empleos, tal como se indicó supra, exigen el máximo grado de confianza por parte de sus nominadores y, por tanto, de discrecionalidad en cuanto a su nombramiento y remoción. Por tanto, extender la protección individual de la garantía de estabilidad laboral reforzada a estos servidores supondría desconocer, de modo absoluto, la finalidad o naturaleza de estos empleos, la cual se ha considerado ajustada a la Constitución, entre otras, en las sentencias C-195 de 1994 y C-514 de 1994. En la primera, se señala como razón suficiente para su existencia el que en su ejercicio se exija una confianza plena y total, y que se atribuye su poder de nominación y remoción a servidores que ejercen una función eminentemente política. En la segunda se indica que dicha confianza se refiere a la ‘inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial, aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata’. Son, pues, estos dos criterios, de manera fundamental, los que ha considerado relevantes la jurisprudencia constitucional para justificar la validez constitucional de este tipo de empleos: uno de



## CONCLUSIONES

Sobre la facultad de libre nombramiento y remoción históricamente se ha posado un cierto aura de constituir un reprochable reducto de la arbitrariedad de los poderes públicos, disfrazada de discrecionalidad. En el caso colombiano, si bien es cierto que esa idea pudo tomar un vuelo de cierto modo comprensible habida cuenta de que especialmente antes de 1991 la carrera administrativa terminó arrinconada debido a un uso generalizado e indebidamente expansivo de este tipo de cargos en detrimento de los de carrera, en la actualidad, significativamente limitada la existencia de esa clase de empleos a la cúspide de la estructura organizacional de las entidades estatales, tal prevención hacia la facultad de libre nombramiento y remoción parece no solo infundada –al menos en la mayoría de los casos, cuando el cargo realmente tiene funciones de dirección o de conducción institucional o requiere de confianza cualificada– sino fruto de una insuficiente comprensión conceptual de su naturaleza como especie de la función política o de gobierno, más que de la función puramente administrativa.

Bien entendido, entonces, que la citada potestad es de naturaleza política, resulta palmario a nuestro entender que no resulta procedente su *administrativización* a través de formular descontextualizadas exigencias para su ejercicio –tanto por parte de la jurisprudencia como desde el derecho positivo mismo–, cual lo son la de apoyar en el principio de proporcionalidad las decisiones de declaratoria de insubsistencia de nombramientos en empleos de libre nombramiento y remoción, o la de dejar constancia de los motivos de la desvinculación del funcionario en su hoja de vida.

Esa misma incompreensión ha conducido a que se estime aplicable en favor de los servidores públicos que desempeñan este tipo de empleos la figura de estabilidad laboral reforzada o *retén social*, de modo que ha venido a obstaculizarse notablemente el recto ejercicio de la potestad que nos ocupa y el buen funcionamiento de los organismos y entidades públicos en su nivel de dirección, todo sin mencionar el consiguiente desincentivo que advertimos que ello puede constituir para posibilitar a personas en situaciones que ameriten una especial protección por su debilidad manifiesta, el acceso a instancias de actuación y de decisión pública como las que en este escrito han constituido objeto de nuestro estudio.

índole material, en razón a las funciones que desarrollan, y, otro, de índole subjetivo, que da cuenta del alto grado de confianza que exige su ejercicio”.

## BIBLIOGRAFÍA

## DOCTRINA

ARAGÓN REYES, MANUEL. "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 17, Madrid, 1986, pp. 85-136.

ÁVILA, RICARDO., *Diagnóstico institucional del Sistema de Servicio Civil en Colombia*. Bogotá: Banco Interamericano de Desarrollo, 2002.

BAENA DEL ALCÁZAR, MARIANO. "Artículo 103. La organización y la función pública". En Oscar Alzaga (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, t. VIII. Madrid: Edersa, 1985.

BENOIT, FRANCIS PAUL. *El Derecho administrativo francés*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1977.

EMBED IRUJO, ANTONIO. "La justiciabilidad de los actos de Gobierno". *Documentación Administrativa*, n.º 220, Madrid, 1989.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN. "Arbitrariedad y discrecionalidad". En vv. AA., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. III. Madrid: Civitas, 1991.

GARRIDO CUENCA, NURIA. "El acto de gobierno: un análisis en los ordenamientos francés y español". *Revista de estudios políticos*, n.º 110, 2000.

HAURIUO, MAURICE. *Principios de derecho público y constitucional*. Madrid: Reus, 1927.

HERNÁNDEZ, PEDRO ALFONSO. *Bases constitucionales de la función pública, empleo público*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.

IBÁÑEZ, PERFECTO ANDRÉS. "Contra las inmunidades del poder: una lucha que debe continuar". *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 93, Madrid, 1997.

JIMÉNEZ ASENSIO, RAFAEL. "La dirección de la Administración pública como función del Gobierno". *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 34, País Vasco, 1992, pp. 67-95.

JIMÉNEZ ASENSIO, RAFAEL. "Política y Administración: los puestos de designación política en las Administraciones Públicas". *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 32, País Vasco, 1992, pp. 77-82.

LAFERRIERE, EDOUARD. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1989 [1888].

- MARÍN HERNÁNDEZ, HUGO ALBERTO. *Discrecionalidad administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- MARÍN HERNÁNDEZ, HUGO ALBERTO. *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- MARTÍN RETORTILLO, SEBASTIÁN. "Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el Derecho positivo español". *Revista de Administración Pública*, n.º 26, Madrid, 1958.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO E IGNACIO DE OTTO. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1988.
- PARADA VÁSQUEZ, RAMÓN. *Derecho administrativo. Organización y empleo público*, t. II, 9.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- PÉREZ FRANCESCH, JOSÉ LUIS. *El gobierno*. Madrid: Tecnos, 1993.
- PORRAS NADALES, ANTONIO JOSÉ. "Actos políticos y función de dirección política". *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 3, Madrid, 1991.
- PORRAS NADALES, ANTONIO JOSÉ. "Las relaciones entre el Gobierno y la Administración en la Constitución de 1978". *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 34, País Vasco, 1992, pp. 163-183.
- RINCÓN CÓRDOBA, JORGE IVÁN. *Derecho administrativo laboral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- RIVERO, JEAN. *Droit administratif*, 18.ª ed. París: Dalloz, 2000.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ MARÍA. *Metodología del derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO. "El Gobierno y la dirección de la política". *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 34, País Vasco, 1992, pp. 185-200.
- SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO. "Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo". *Revista de Administración Pública*, n.º 134, País Vasco, 1994, pp. 225-251.
- SÁNCHEZ AGESTA, LUIS. "El Gobierno, la función de Gobierno y la Administración". En Oscar Alzaga (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, t. VIII. Madrid: Edersa, 1985.
- SÁNCHEZ AGESTA, LUIS. "Concepto jurídico del acto político. (Los nuevos límites de la jurisdicción contencioso-administrativa)". vv. AA., *Estudios en homenaje al profesor Nicolás Pérez Serrano*, t. II (pp. 183-201). Madrid: Reus, 1959.

SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. "Análisis jurídico-administrativo de la cooperación internacional". *Documentación Administrativa*, n.º 227, Madrid, 1991.

SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. "Gobierno y Administración: una reflexión preliminar". *Documentación Administrativa*, n.º 215, Madrid, 1988, pp. 67-84.

VIDAL PERDOMO, JAIME. *Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad de los Andes, 1976.

VILLEGAS ARBELÁEZ, JAIRO. *Derecho administrativo laboral*, t. I. Bogotá: Legis, 2005.

XIFRA HERAS, JORGE. "El Gobierno y la función política". En *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. II. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1988.

YOUNES MORENO, DIEGO. *Derecho administrativo laboral*, 7.ª ed. Bogotá: Temis, 1996.

#### JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C-195 de 1994, de 21 de abril de 1994, expediente D-421.

Sentencia C-514 de 1994, de 16 de noviembre de 1994, expediente D-621.

Sentencia C-041 de 1995, de 9 de febrero de 1995, expediente D-796.

Sentencia C-306 de 1995, de 13 de julio de 1995, expediente D-757.

Sentencia C-037 de 1996, de 5 de febrero de 1996, expediente PE-008.

Sentencia C-552 de 1996, de 22 de octubre de 1996, expediente D-1293.

Sentencia T-800 de 1998, de 14 de diciembre de 1998, expediente T-179.755.

Sentencia C-368 de 1999, de 26 de mayo de 1999, expedientes acumulados D-2175, D-2179 y D-2195.

Sentencia C-506 de 1999, de 14 de julio de 1999, expedientes acumulados D-2279 y D-2281.

Sentencia C-734 de 2000, de 21 de junio de 2000, expediente D-2732.

Sentencia C-292 de 2001, de 16 de marzo de 2001, expedientes acumulados D-3138 y D-3141.

Sentencia C-429 de 2001, de 2 de mayo de 2001, expediente D-2941.

Sentencia C-161 de 2003, de 25 de febrero de 2003, expediente D-4252.

Sentencia C-184 de 2003, de 4 de marzo de 2003, expediente D-4218.

- Sentencia T-610 de 2003, de 24 de julio de 2003, expediente T-731645.
- Sentencia C-964 de 2003, de 21 de octubre de 2003, expediente D-4575.
- Sentencia C-044 de 2004, de 27 de enero de 2004, expediente D-4711.
- Sentencia T-222 de 2005, de 10 de marzo de 2005, expediente T-980505.
- Sentencia T-768 de 2005, de 25 de julio de 2005, expediente T-1073680.
- Sentencia T-377 de 2007, de 17 de mayo de 2007, expediente T-1536569.
- Sentencia T-587 de 2008, de 12 de junio de 2008, expediente T-1525309.
- Sentencia T-1239 de 2008, de 11 de diciembre de 2008, expedientes acumulados T-1.968.373 y T-1.923.927.
- Sentencia C-795 de 2009, de 4 de noviembre de 2009, expediente D-7725.
- Sentencia T-862 de 2009, de 27 de noviembre de 2009, expediente T-2311487
- Sentencia T-187 de 2010, de 18 de marzo de 2010, expediente T-2403263.
- Sentencia C-553 de 2010, de 6 de julio de 2010, expediente D-7951.
- Sentencia SU-448 de 2011, de 26 de mayo de 2011, de expediente T-2176281.
- Sentencia T-708 de 2011, de 22 de septiembre de 2011, expediente T-3069383.
- Sentencia SU-539 de 2012, de 12 de julio de 2012, expediente T-2706361.
- Sentencia SU-897 de 2012, de 31 de octubre de 2012, expedientes T-2016510, T-2022905, T-2026223, T-2069461, T-2118006, T-2151811, T-2178492, T-2198113, T-2244180 y T-2814987.
- Sentencia C-101 de 2013, de 28 de febrero de 2013, expediente D-9217.
- Sentencias C-195 de 2013, de 10 de abril de 2013, expediente D-9257.
- Sentencia T-317 de 2013, de 28 de mayo de 2013, expediente T-3463457.
- Sentencia SU-070 de 2013, de 13 de febrero de 2013, expediente T-2361117 y acumulados.
- Sentencia T-395 de 2013, de 2 de julio de 2013, expediente T-3735123.
- Sentencia T-686 de 2014, de 11 de septiembre de 2014, expediente T-4346728.

Sentencia C-814 de 2014, de 5 de noviembre de 2014, expediente D-10151.

Sentencia C-720 de 2015, de 25 de noviembre de 2015, expediente D-10704.

Sentencia SU-003 de 2018, de 8 de febrero de 2018, expediente T-5712990.

Sentencia SU-075 de 2018, de 24 de junio de 2018, expediente T-6240380 y acumulados.

Sentencia C-098 de 2019, de 6 de marzo de 2019, expediente D-12245.

#### JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 11 de septiembre de 2003, Radicación 25000-23-25-000-1999-0173-01(4714-01).

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de noviembre de 2006, Radicación 110010326000199503074 01, Expediente 13074.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de noviembre de 2006, Radicación 11001-03-26-000-2000-0020-01, Expediente 18059.

Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 26 de abril de 2007, Radicación 25000-2325-000-1999-5519-01(2959-04).

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 17 de mayo de 2007, Radicación 25000-23-25-000-1999-04699-01(6862-05).

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de octubre de 2007, Expediente 13.503, Radicación 110010326000199713503 00.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de junio de 2008, Radicación 15001233100019880843101-8031. Expediente 8431.

Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 25 de marzo de 2010, Radicación 7716-2005.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de junio de 2012, Radicación 27001233100020000033-01, Expediente 23.361.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 29 de febrero de 2016, Radicación 05001-23-33-000-2012-00285-01(3685-13).

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 16 de febrero de 2017, Radicación 500012333000201300063 01, n.º interno 3165-2014.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 8 de febrero de 2018, Radicación 250002342000201201507 01, n.º interno 3812-2016.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 15 de noviembre de 2018, Radicación 05001-23-33-000-2013-01754-01(4450-16).