



Los Empleos de LNR: Entre la Discrecionalidad de los Nominadores y el Servicio a la  
Comunidad

Samuel Sebastián Jaramillo García

Artículo de investigación presentado para optar al título de Abogado

Asesor

Hernán Darío Vergara Mesa, Doctor (PhD) en Derecho

Universidad de Antioquia  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Derecho  
Medellín, Antioquia, Colombia  
2024

---

<b>Cita</b>	(Jaramillo García, 2024)
<b>Referencia</b>	Jaramillo García, S. (2018). <i>Los Empleos de LNR: Entre la Discrecionalidad de los Nominadores y el Servicio a la Comunidad</i> [Trabajo de grado profesional].
<b>Estilo APA 7 (2020)</b>	Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.

---



Grupo de Investigación Derecho y Sociedad. Línea de investigación Derecho Administrativo



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

**Repositorio Institucional:** <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - [www.udea.edu.co](http://www.udea.edu.co)

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

## Resumen

El escrito aborda el estudio de los empleos de libre nombramiento y remoción (LNR) en el ordenamiento jurídico colombiano en su interacción con el cometido estatal y el servicio a la comunidad. A partir de literatura académica y diferentes pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes, se pretende problematizar la relación de subordinación que se genera entre el nominador y el empleado público, cuando este ha sido designado para ejercer las funciones señaladas por la Constitución, la ley o el reglamento con base en el criterio de confianza. Para ello se pretende, en un primer momento, establecer cuáles son las características definitorias de esta tipología de empleo y qué categorías de su género existen en Colombia. Posteriormente, se hará énfasis en las implicaciones jurídicas de esta modalidad de vinculación a la función pública cuando se acude al criterio de confianza para determinar el ingreso, la permanencia y el retiro del empleado. Por último, a través del desarrollo de la pregunta ¿Para quién trabaja quien ocupa el cargo? ¿Para la comunidad o para el nominador? Se propone una reflexión sobre las relaciones jurídicas y las implicaciones teóricas que se generan entre el nominador y el empleado público alrededor de los principios de razón suficiente, presunción del mejoramiento del servicio y el servicio a la comunidad, elementos que rodean las condiciones de retiro en un empleo de LNR.

*Palabras clave:* empleos de libre nombramiento y remoción, cometido estatal, servicio a la comunidad, politización de la burocracia, estabilidad laboral en el empleo público, confianza política, confianza profesional

### **Abstract**

The paper deals with the study of the jobs of free appointment and removal (LNR) in the Colombian legal system in its interaction with the State and community service. From academic literature and different jurisprudential pronouncements of the High Courts, it is intended to problematize the relationship of subordination that is generated between the nominee and the public employee, where the latter has been appointed to perform the functions prescribed by the Constitution, the law or the regulations on the basis of the criterion of confidence. The aim is to establish what are the defining characteristics of this type of employment and what categories of its kind exist in Colombia. Subsequently, emphasis will be placed on the legal implications of this form of attachment to the public service when the criterion of trust is used to determine the employee's income, permanence and withdrawal. Finally, through the development of the question ¿Who does the incumbent work for? ¿For the community or for the nominee? It proposes a reflection on the legal relations and the theoretical implications generated between the nominee and the public employee around the principles of sufficient reason, presumption of the improvement of service and community service, elements surrounding retirement conditions in an LNR job.

*Keywords:* Free appointment and removal jobs, State role, community service, politicization of bureaucracy, job stability in public employment, political confidence, professional confidence

## Introducción

El estudio del empleo público implica un reto: sintetizar el desarrollo doctrinal de instituciones del derecho administrativo y laboral con el fin de humanizar las relaciones de servicio que se dan entre un empleado público y el Estado. Por eso, considerar una discusión sobre este tema en los estudios del trabajo propone pensar en las relaciones complejas que existen entre el Estado, la relación laboral de los empleados públicos y su interacción con la sociedad colombiana. Se trata de situar al Estado más allá de la dicotomía Estado/Sociedad civil, para situarlo como un empleador, ya sea en su rol de autoridad o como empresario<sup>1</sup>, que busca enlazar la fuerza de trabajo existente en una sociedad con la consecución de intereses públicos plasmados en una Constitución.

Es dable encontrar en la dogmática jurídica el estudio de la figura del Estado como una institución de organización social. Desde el Derecho Constitucional y Administrativo se presupone y justifica la existencia del Estado a partir de su creación y posterior legitimación en un texto constitucional. Por ejemplo, Tulio Chinchilla (2020) indica que

Entendemos por Estado la organización de poder que opera sobre un conglomerado humano asentado en un territorio relativamente fijo y permanente. Este poder se ejerce básicamente mediante un orden jurídico positivo eficaz a fin de garantizar un determinado orden de convivencia y cooperación (cualquiera sea ese orden), por lo cual, tal organización recibe el reconocimiento de poder soberano. (p. 70)

Esta definición destaca los componentes clásicos de la existencia institucional de un Estado de Derecho, esto es, una población, un territorio y el reconocimiento de un poder soberano reglado y limitado por un orden jurídico. Pero no hay que perder de vista que en un modelo de Estado Social de Derecho, como el colombiano, establecido en la Constitución de 1991, la satisfacción del interés general se erige como la razón de ser sin la cual no es posible pensarse la existencia de esta institución política. De ahí que la configuración político-administrativa del aparato orgánico del Estado colombiano solo encuentre sustento si está en función constante de valores constitucionales

---

<sup>1</sup> Con respecto a la determinación del vínculo laboral con el Estado, Vergara Mesa (2019) indica que “Hay por lo menos dos roles del mismo que son claramente diferenciables: uno como autoridad o soberano y otro como empresario” (p.149). Y es con base a esta naturaleza orgánica que se puede afirmar “que en las organizaciones en las que predomina el rol soberano o de autoridad, la regla sea el empleado público, mientras que en las que predomina el rol empresarial, la regla general sea el trabajador” (p.201).

como el servicio a la comunidad, la prosperidad general y “la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” (Art. 2, Constitución Política).

La efectividad de la Constitución está asignada esencialmente, aunque no de manera exclusiva, en cabeza de los servidores públicos, ya que sus disposiciones consagran que “Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad” (Art 123). Un horizonte de aceptación forzosa que debe asumir cada persona que acepte ser revestida de función pública. Razones constitucionales que sitúan las discusiones jurídicas y laborales sobre el servidor público como un pilar esencial en la materialización del Estado Social de Derecho colombiano. De ahí la posibilidad de predicar algún tipo de responsabilidad sobre el servidor por la omisión o extralimitación de un deber u obligación constitucional, legal o reglamentaria.

La principal pretensión de este artículo es ubicar en el centro de reflexión a una clase de servidor: al empleado público, como elemento humano fundamental del Estado y a sus acciones como la existencia material del mismo. Porque solo a través de sus servidores el Estado no se convierte únicamente en una entidad discursiva, por el contrario, la teorización sobre el empleo público se convierte en una verdadera garantía efectiva para el control disciplinario, el servicio a la comunidad, la materialización de los derechos fundamentales y la dignidad humana.

Esta intención de énfasis en el empleado público como pilar de materialización efectiva del Estado Social de Derecho podría ser reforzada por modelos teóricos traídos desde sociología. Un ejemplo puede ser Bourdieu (2012), quien asume que la existencia del Estado en un territorio solo puede comprobarse de manera efectiva a través de sus acciones concretizadas. Para este autor las acciones de Estado

Son acciones políticas con pretensión de causar efecto en el mundo social. Estos actos políticos legítimos deben su eficacia a su legitimidad y a la creencia en la existencia del principio que las basa. Tienen en común el ser acciones realizadas por agentes dotados de una autoridad simbólica y provocar efectos (p. 9).

Así, con apoyo en esta definición, se resalta que la interacción efectiva que el Estado tiene con la sociedad civil se condensa en los actos y acciones materializadas por el empleado público y legitimados en la Constitución como principio base.

Pero, en cierta medida, no a todos los empleados públicos se les encomiendan las mismas funciones, ni se les atribuye el mismo peso jerárquico dentro del Estado. Regresando a la misma analogía del Estado empleador, Puolantzas (1979), indica que, en la armazón organizativa del

Estado, “El Estado traza a su vez y reproduce en su propio cuerpo la división social del trabajo” (p.65). Un planteamiento teórico que es posible cristalizar en nuestro ordenamiento jurídico al acudir a la división jerárquica por niveles en el sistema de empleo público. En efecto, la planta de empleo de la rama ejecutiva del poder, establecida en el decreto único reglamentario 1083 de 2015, organiza la estructura jerárquica de los empleos en Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial. Una organización basada en la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño.

Particularmente un sistema de empleo público de este tipo tiene implicaciones importantes. Cada uno de los niveles está ligado estructuralmente y al encontrarse jerarquizados implican relaciones de subordinación funcional entre sí. Consecuentemente, determinan condiciones jurídicas y materiales para el desarrollo de las funciones públicas como si de una cascada se tratase. Además, el grado de incidencia en la administración dependerá del nivel del empleo público en que nos ubiquemos. De esta manera se podría indicar que en la planta de empleo público de la rama ejecutiva se condensa una división social del trabajo, donde el trabajo intelectual distribuido en los niveles jerárquicos superiores guía el trabajo manual disperso en los niveles jerárquicos inferiores.

A modo de ilustración, si trasladamos la discusión en el panorama actual, encontramos que para el año 2023 el número de servidores públicos en Colombia es de 1.329.760, de los cuales 883.671 se encuentran registrados en la Rama Ejecutiva del Orden Nacional. Y esta cantidad del Orden Nacional está distribuido en 188.293(21%) correspondiente a empleos de carrera administrativa, 31.941(4%) correspondiente a empleos de LNR y 663.437(75%) en docentes, trabajadores oficiales y otros (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2023). Si bien el equivalente porcentual de los empleos de LNR es menor en cantidad, su verdadero peso se puede contrastar con su alto poder de decisión, dirección y determinación de las condiciones de efectividad de los derechos, principios y servicios públicos de la sociedad.

En este sentido, los niveles más bajos del poder ejecutivo pueden tener un mayor contacto material con la comunidad, como podrían ser el Nivel Técnico y Asistencial, pero el mayor grado de influencia e incidencia material de las acciones de los empleados públicos para causar un efecto en la comunidad se concentra en el Nivel Directivo y Asesor. Sin prescindir del reconocimiento de una autonomía relativa, protegida constitucionalmente a cada empleo con respecto a los demás, es

en los Niveles Directivo, Asesor y de Gerencia Pública<sup>2</sup> de nuestro ordenamiento jurídico que la mayoría de los empleos se gestionan por medio del mecanismo de Libre Nombramiento y Remoción. Una figura con una habilitación constitucional y un desarrollo legislativo para la creación de ciertos empleos, pero donde la provisión y retiro se encuentra sujetas a una alta discrecionalidad en cabeza del nominador directivo.

El fundamento legal de este tipo de empleos lo encontramos en la Ley 909 de 2004, donde establece la figura de Libre Nombramiento y Remoción-LNR como forma de vinculación excepcional para algunos niveles de la rama ejecutiva. Se dice excepcional porque se entiende por regla general que la provisión de empleos públicos en los órganos y entidades del Estado se realiza mediante el sistema de carrera.

De tal manera que el artículo 5 numeral 2, de la mencionada Ley, establece que esta excepción cubre a los empleos públicos que impliquen (a) dirección, conducción y orientación institucionales, (b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza y (c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado, entre otros. Cuya remoción se entiende de forma general que es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado (Art. 41, §2).

Por otro lado, una de las contingencias en la creación de empleos de LNR es la posibilidad de generar una mayor movilidad del personal en servicio. Pero esto trae implicaciones subjetivas para los empleados, como su estabilidad laboral, e implicaciones objetivas para el Estado, como la continuidad del personal que tiene a su cargo la prestación de servicios. De ahí que el uso inadecuado de la excepción represente una gestión indebida del empleo público. En consecuencia, entra en conflicto el mérito, la capacidad y la permanencia que caracteriza a los empleos de carrera administrativa frente a la discrecionalidad administrativa del nominador, pues respecto de los empleos de LNR podríamos decir previamente que “(...)no existe propiamente un concurso público de méritos para el acceso, como tampoco reglas de protección frente a su retiro del servicio” (Arbeláez Arbeláez y Guisao Gonzáles, 2014, p. 6).

Como se observa, los empleos de LNR están comúnmente asociados a los altos cargos burocráticos<sup>3</sup>, los cuales son ocupados regularmente por personas que se encuentran al servicio

---

<sup>2</sup> Empleos regulados en el Título VIII de la misma Ley 909 de 2004 donde prescribe en su artículo 47-2 que los cargos de gerencia pública son de libre nombramiento y remoción.

<sup>3</sup> Al respecto Román Masedo (2009) indica que “El concepto de alto cargo es, pues, un concepto de naturaleza jurídica, puesto que sólo son altos cargos aquellos puestos así definidos por la ley” (p.850).



directo e inmediato de altos funcionarios del nivel nacional y territorial. Su cercanía con los altos funcionarios, que en su mayoría están atravesados por otra forma de excepción a la carrera, como lo son los empleos provistos por elección popular o de período, ha dado origen a debates doctrinales y jurisprudenciales sobre el uso indebido de esta habilitación constitucional en cabeza del nominador. Ya que no hay una claridad certera sobre cómo diferenciar el contenido funcional de estos cargos, pues en la práctica pueden obedecer a su finalidad directiva, pero en otras ocasiones se trata de una desviación de los cometidos estatales<sup>4</sup> direccionado al clientelismo político.

De ahí que la alta incidencia de los funcionarios que ocupan esta tipología de empleo para la protección y satisfacción del interés general hacen de los empleos de LNR un objeto de estudio de mucha importancia para la materialización y vigencia del Estado social de derecho. Por lo tanto, el empleado público puede ser considerado como Estado concretizado, donde “lo concreto es concreto porque es la síntesis de múltiples determinaciones, por lo tanto, unidad de lo diverso” (Marx, 2008, p 301). Entendiendo diverso en el mundo jurídico como el conjunto de normas constitucionales, legales y reglamentarias que reglan las acciones legítimas y acordes a derecho que guían la actuación del empleado público. Así pues, las acciones jurídicas y administrativas concretizadas de los empleados públicos representan la unidad y constituyen la síntesis del proceso social de la acción del Estado dentro de una población específica.

En definitiva, indagar sobre la estabilidad en el empleo de estos funcionarios puede plantearse desde una perspectiva subjetiva u objetiva. Subjetiva, cuando se hace énfasis en la búsqueda de garantías que se puedan derivar de su “peculiar relación laboral”<sup>5</sup>, u objetiva, donde el énfasis se plantea desde una perspectiva en la que el centro es la continuidad del servicio, en el supuesto de que aun teniendo altos niveles de desempeño es declarado insubsistente por la “pérdida” de confianza del nominador. Perspectivas que se pueden armonizar sin crear una barrera excluyente entre del derecho administrativo y la subjetividad laboral del empleado público, con el fin de humanizar las relaciones de servicio que se dan entre un empleado y el Estado.

Por lo tanto, en los siguientes apartados se busca profundizar en estas posibilidades a través de reflexiones guiadas por la pregunta ¿Para quién trabaja quien ocupa el cargo? ¿Para la comunidad o para el nominador? Específicamente se centrará en el estudio de los empleos de libre

---

<sup>4</sup> Para Sayagues Laso (1986) “Los cometidos son las diversas actividades o tareas que tienen a su cargo las entidades estatales conforme al derecho vigente” (p.50)

<sup>5</sup> Está expresión es utilizada por Alfonso Parejo(1998) al referirse a la relación de servicio que existe entre el individuo y el Estado en los empleos de Libre designación en el contexto de España.

nombramiento y remoción creados y nombrados a través del criterio de confianza en la Rama Ejecutiva del Poder Público. Ya que la subordinación al nominador por la confianza puede poner en tensión la obligación constitucional de servicio al Estado y a la comunidad para la efectividad de los derechos, principios y deberes constitucionales a cargo de la administración pública.

### **Metodología**

El artículo es un avance dentro de la investigación la(s) estabilidad(es) laboral(es) en la función pública colombiana, en lo relacionado con el objetivo específico No. 3 allí propuesto, relativo a examinar el concepto de estabilidad laboral y las singularidades que adopta en el marco de los empleos de Libre Nombramiento y Remoción.

Se enmarca en un tipo de investigación dogmática, a partir del reconocimiento de los presupuestos y postulados propios del derecho positivo vigente para la comprensión, interpretación y valoración de las normas que regulan la función pública en Colombia. Su enfoque metodológico de investigación es cualitativo con base en datos con referencia a ideas, concepciones o conceptos, prescindiendo un poco del manejo de datos con base numérica. Y se ubica en un nivel de investigación exploratorio.

En este sentido se procedió con un rastreo documental, tanto en documentos impresos y electrónicos, que dio cuenta del fenómeno normativo objeto de investigación. Se condensaron los datos en fichas bibliográficas, se clasificaron y analizaron. Finalmente, se interpretaron los datos y se extrajeron los postulados teóricos principales para el desarrollo de la investigación.

### **Resultados**

#### **Creación de los empleos de Libre Nombramiento y Remoción por el criterio confianza**

En la discusión de las diferentes propuestas sobre la función pública para el nuevo sistema constitucional, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 deseaba instaurar la carrera administrativa como pilar fundamental, para proveer los empleos en los diferentes órganos y entidades del Estado. Una visión que buscaba superar las dinámicas bipartidistas que caracterizaron la historia de la República y que durante décadas impregnaron el sistema de acceso al empleo público. Por tanto, el sistema de carrera administrativa como forma de provisión preferente de los

empleos confluía con la visión de apertura democrática y garantía de derechos que proponía el nuevo espíritu constituyente.

A pesar de todo, en el texto constitucional aprobado, se introdujeron como excepción a dicho sistema de carrera a los empleos de LNR. Una excepción que, según Arbeláez y Guisao (2014), se discutió en muy pocas ponencias de la Asamblea. Una situación que abre la posibilidad de interpretar hasta qué punto este tipo de empleos fueron considerados como necesarios e inevitables en el sistema de empleo público. O, también puede ser, que la poca discusión sobre el tema denota la intención de la clase política tradicional de conservar un espacio, amplio o reducido, de libre disposición de los empleos, bajo criterios que se pueden calificar como propios de los sistemas de botín político o de patronazgo y, por tanto, de la existencia de empleos que gozaran de su más completa discreción (Arbeláez y Guisao, 2014).

Al margen de estas consideraciones históricas, producto del proceso constituyente fue positivizada la función pública en el capítulo 2 del Título V, de la Constitución Política de 1991. El Título establece el marco de creación de cualquier empleo público en Colombia. Por ejemplo, para predicar la existencia de un empleo público, insta la obligación de estar descrito de manera detallada en el instrumento jurídico que contenga la planta de personal de la entidad (art. 122). Asimismo, indica que la provisión de estos empleos, en cualquier entidad, debe ser por medio del sistema de carrera administrativa. Con excepción de los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley(art.125).

En concordancia con el mandado constitucional, la Ley 909 de 2004 establece criterios indicativos para la creación de esta figura, con base en la naturaleza funcional de las labores a desempeñar. En referencia, los artículos 5 y 47 consagran la posibilidad de crear empleos de LNR dentro de la estructura de empleo siempre y cuando el contenido funcional de los cargos corresponda a criterios generales de

(a) dirección, conducción y orientación institucionales, (b) empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, (c) empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales y (d) los empleos que sean de naturaleza gerencial. Todos criterios base que guían la creación de empleos de LNR de las entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder, pero

basaremos nuestro análisis específicamente en aquellos empleos del criterio especial confianza (b).

Con respecto a la competencia para la creación del empleo, se encuentra que en los artículos 189, 305 y 315 de la Constitución se atribuye la competencia respectivamente al presidente, gobernador y alcalde para los diferentes niveles de la administración. Funcionarios que condensan esta competencia a través de la emisión o modificación del instrumento jurídico denominado Manual Específico de funciones y de competencias laborales. Construido a partir de estudios previos para cada una de las entidades u organismos que encabezan, sin perjuicio de las delegaciones de esta función que puedan adjudicar en otros.

Sin embargo, existen circunstancias jurisprudenciales que rodean la creación legítima de un empleo que exceptúa la carrera administrativa como forma de provisión por parte del legislador, el jefe de un organismo o entidad pública. Pues si bien, los empleos de LNR son una excepción a la carrera administrativa con habilitación constitucional, esta se encuentra sujeta a límites, pues ni el legislador ni el jefe de la entidad gozan de una libertad de configuración absoluta para definir o crear este tipo de empleos. Aquí la Corte Constitucional, en su papel de guardián de la Constitución, ha desarrollado la doctrina de la razón suficiente para crear o determinar si un empleo es o puede ser de libre nombramiento y remoción. Esto con el fin de evitar el desplazamiento del principio general de carrera administrativa por la excepción del libre nombramiento y remoción en el sistema del empleo público.

Desde antes de la expedición de la Ley 909 de 2004, la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de este tipo de empleos. Ya en la Sentencia C 195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte reiteraba que se estaba frente a una excepción que solo es posible justificar a través de la evaluación de la naturaleza funcional del empleo. En consecuencia, la creación de un empleo de LNR será válida siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política. Esta exigencia de justificación es nombrada por la Corte como el principio de razón suficiente, una exigencia que debe suplir el legislador y demás operadores jurídicos para la creación de empleos de LNR:

Por tanto, como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta

en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación”. (Sentencia C 195/94, M.P Vladimiro Naranjo Mesa)

Por otro lado, también se pronunció sobre la ubicación jerárquica del empleo como un indicador de constitucionalidad. Donde los empleos de LNR se presumen que corresponden constitucionalmente a empleos que se desarrollan en Nivel Directivo, y excepcionalmente en los demás:

En otras palabras, 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. En consecuencia, los empleos señalados en la norma acusada como de libre nombramiento y remoción se juzguen válidos, en el entendido de que se trate de empleos de dirección y confianza. (Sentencia C 195/94, M.P Vladimiro Naranjo Mesa)

Posteriormente a la expedición de la Ley 909 de 2004, la Corte en el ejercicio abstracto de constitucionalidad, profirió la Sentencia C 673/15. Una sentencia que además de convalidar los planteamientos generales de la Sentencia C 195/94, reitera tres subreglas o criterios constitucionales para determinar la validez en la creación de este tipo de empleos. Producto del recuento jurisprudencial realizado, la Corte reafirma que:

En conclusión, como se observa del anterior recuento jurisprudencial, la competencia legislativa para la definición de cargos de libre nombramiento y remoción tiene un carácter restrictivo y responde a criterios estrictos, los cuales deben ser cumplidos para no desdibujar la regla general de la carrera administrativa que establece el artículo 125 de la Constitución

Política. Por consiguiente, la definición de esos cargos se debe basar en un fundamento legal y debe responder a un principio de razón suficiente que justifique al legislador con argumentos razonables. Dicho principio impone valorar los criterios (i) subjetivo de confianza cualificada en el desempeño de las funciones asignadas<sup>6</sup>, (ii) objetivo funcional o material, a partir del cual el legislador puede remitir al contenido de las funciones atribuidas al empleo por la Constitución, la ley o el reglamento de cada entidad, con el fin acreditar que las ocupaciones esenciales corresponden a temas de dirección, conducción y orientación institucional, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices para la entidad, y, (iii) orgánico, teniendo en cuenta la ubicación del empleo en el nivel jerárquico de la entidad. (Sentencia C 673/15, M.P Luis Ernesto Vargas Silva)

En suma, esta misma Sentencia amplía el contenido de un criterio puramente orgánico a un criterio orgánico-funcional, pues el nivel jerárquico que habilita la creación de estos empleos no se reduce únicamente al Nivel Directivo, sino que su justificación orgánica debe responder a:

- i) cargos que tengan funciones directivas, de manejo, conducción u orientación política o institucional, casos en los cuales la jurisprudencia ha aceptado que habida cuenta la naturaleza de la responsabilidad encomendada y los necesarios direccionamientos político – administrativos de las entidades, conviene que sean proveídos mediante instrumentos excepcionales, distintos al concurso público de méritos; o
- ii) empleos que requieran un grado de confianza mayor al que se predica de la función pública ordinaria, en razón de la trascendencia y grado de responsabilidad administrativa o política de las tareas encomendadas. (Sentencia C 673/15, M.P Luis Ernesto Vargas Silva)

En conclusión, la creación de un empleo de LNR por parte del jefe de un organismo o entidad se da a través del Manual Específico de funciones. Para que dicha inclusión dentro del respectivo manual tenga validez debe de tener fundamento legal en los casos contemplados en el artículo 5 de la ley 909 de 2004. Adicionalmente, debe satisfacer el principio de razón suficiente a través de argumentos razonables que especifiquen la necesidad de la excepción a la carrera, una

---

<sup>6</sup> Criterio “que se relaciona con aquellos empleos en los cuales la confianza sea necesaria para quienes tienen a su cargo responsabilidades de dirección, manejo, conducción de políticas o directrices institucionales, por cuanto las funciones a realizar demandan un mayor grado de reserva por parte de la persona que las cumple”.

exigencia que se logra dotando de contenido o motivando las exigencias que contemplan (i) el criterio subjetivo de confianza cualificada, (ii) el criterio objetivo funcional o material y (iii) el criterio orgánico-funcional. Junto estos criterios, y al lado del principio de *razón suficiente*, se encuentra el principio de *intuitio persona*, que muestra su máxima expresión en el criterio subjetivo de confianza cualificada, por cuanto las funciones a realizar demandan un mayor grado de reserva por parte de la persona que las cumple. Todos estos elementos son los que rodean el proceso general de creación jurídica de un empleo de LNR en la Rama Ejecutiva del poder público.

### **¿Qué es la especial confianza?**

El criterio “especial confianza” no es definido por el legislador en la Ley 909 de 2004 y hasta ahora no se evidencia la existencia de alguna norma técnica en el ordenamiento jurídico colombiano que defina este criterio de forma explícita, precisa y adecuada. No obstante, ha sido problematizado tanto en el sistema jurídico colombiano como en el español y el peruano, territorios donde se encuentran reflexiones agudas en torno a la definición y armonización de los empleos de LNR con la carrera administrativa como forma de provisión. A continuación, se pretende realizar un acercamiento a este criterio particular desde una interpretación jurisprudencial y, con apoyo en la doctrina, extraer o construir algunas de las propiedades definitorias.

Si nos situamos desde la jurisprudencia colombiana para indagar sobre la definición de este criterio podemos encontrar un esfuerzo doctrinal tanto en la jurisdicción ordinaria como administrativa. Quizás se deba a las similitudes generales que pueden existir entre la estructura jerárquica del empleo público y la estructura jerárquica organizacional de las empresas del sector privado. Lo cual permite un “puente interpretativo” para acercarse a la definición de confianza en las relaciones laborales. Donde las similitudes ontológicas de las figuras de empleos de dirección, confianza y manejo en la cúspide la empresa privada clásica como “voceros de la organización” se pueden constatar con las funciones creativas y de decisión que caracterizan a los empleos de LNR en el nivel directivo del empleo público.

Por ejemplo, la figura de “empleado de confianza” es tratada de manera explícita por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral CSJ-SL desde 1948. Esta corporación pone de presente, para catalogar al trabajador como de confianza o de manejo, el deber de analizar en cada caso la relación de trabajo, las funciones y la necesidad de la labor respectiva en cada empresa. Pues lo

que verdaderamente predomina es que el trabajador tenga en sus manos la marcha de la unidad de explotación económica. En igual derrotero, la CSJ-SL en Sentencia de 1989, haciendo uso del principio realidad para esclarecer la existencia de un empleo de confianza indicó que

Por consiguiente, cuando se estipula una cláusula como la transcrita al resolver el cargo de la parte demandante, mediante la cual las partes de un contrato de trabajo, califican formalmente al trabajador como de dirección, de confianza o de manejo, es en sí misma superflua e inútil y, por ende, ineficaz por su propia naturaleza; pero si al pactar tal estipulación ella coincide con la realidad, en todo caso resultará que el trabajador será de dirección, de confianza o de manejo, no por virtud de la cláusula sino en razón de la índole de las funciones; y si no coincide con la realidad se prefiere a ésta. (CSJ-SL, Rad. 2189, M.P Manuel Enrique Daza Álvarez)

Así, la existencia del criterio confianza en un empleo se evidencia en las funciones esenciales y permanentes del trabajador, indagando si en sus funciones sustituye al empleador en sus facultades directivas, de mando o de organización, independientemente del nivel de explotación económica o industrialización de la empresa. Un razonamiento que refleja la necesidad de indagar sobre la existencia de la confianza no en la ubicación estricta o forma de nombrar el empleo con respecto a la estructura jerárquica, sino que es una confianza que se predica de la necesidad de encomendar acciones de confianza en el ejercicio de las funciones esenciales del trabajador. Un velo de confianza que trae como consecuencia jurídica más inmediata en el régimen ordinario un trato excepcional frente a la jornada máxima legal de trabajo. Pues la realización de sus labores no se adecúa a un horario fijo o a una jornada ordinaria limitada, por lo tanto, no se establece un derecho a remuneración por concepto de trabajo suplementario u horas extras.

Una puesta similar ha realizado el Consejo de Estado, Sección Segunda, en Sentencia de 1995 para acercarse al criterio de confianza, pero ahora en los empleos de LNR. En aquella ocasión sentó las bases para determinar que todo empleo público requiere de un grado de confianza, pero la confianza que se predica de los empleos de LNR no corresponde a una definición semántica de tal, sino a su relación con las funciones a realizar dentro de la estructura jerárquica de la planta de empleo. Donde el criterio de especial confianza hace referencia a la confianza

En particular que se requiere en los servidores que actúan en función no simplemente ejecutiva, sino de concepción, coordinación de políticas empresariales, que ostentan facultades jerárquicas usualmente superiores a las del trabajador ordinario y que muchas



veces lo colocan en posibilidad de recibir delegación de quienes representan la dirección de las empresas. (CESS, Rad. 8464, C.P Carlos Arturo Orjuela Góngora)

Por añadidura, el Consejo, en la misma providencia, establece que la exigencia de la confianza se predica de manera general para aquellos empleos ubicados en el nivel de dirección y por ende “los estatutos deben de determinar en forma específica y detallada esta excepción, indicando cuales son los cargos y funciones que ameritan la confianza, pues la administración no puede convertir en regla general lo que es una excepción” (CESS, Rad. 8464, C.P Carlos Arturo Orjuela Góngora).

Más recientemente, en la Sección Segunda-Subsección A, el Consejo de Estado en sentencia con consecutivo (0516-2019) del año 2022, ha enlazado la discusión de la confianza en su contraposición con la exigencia del concurso público como forma de provisión. Conviene destacar un apartado de dicha Sentencia para ejemplificar el desarrollo jurisprudencial en la materia. Pues, frente al problema jurídico de si la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de un Procurador Regional en el departamento del Casanare desbordó la proporcionalidad del ejercicio de la facultad discrecional de la administración, esta Sala afirma que:

En virtud de lo anterior, resulta razonable que quienes ejerzan este tipo de empleos no tengan que pasar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos toda vez que, se repite, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión.

En otras palabras, es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza (Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, M.P William Hernández Gómez).

Por lo que se refiere a la dogmática jurídica de habla hispana, en su esfuerzo de explicar qué es la “confianza” con relación a los empleos de LNR, generalmente acude a la definición de la

Real Academia Española como base semántica. Sin embargo, dicha definición literal de la expresión es simple y no permite acercarse a la realidad jurídica del uso en los empleos de LNR en la administración pública. Por ello, ha sido una imperante necesidad acudir a interpretaciones más complejas, con el fin de dotar de un contenido claro y funcional lo que es la “confianza” como criterio de creación y provisión de estos empleos públicos.

Primeramente, se afirma que la confianza como criterio de provisión de empleos en el mundo laboral privado y público es un concepto de carácter relacional. Es decir, la confianza es una calidad subjetiva que reside en quien emplea y no en quien recae la asignación y consiste en que el designado debe ostentar las cualidades necesarias para el buen desempeño del cargo según la naturaleza de las labores que realiza. Al respecto Concha Valencia (2014) indica que

Se debe señalar que la calidad de confianza no reside en el trabajador, sino en el empleador, pues es éste quien decide si el trabajador goza o no de su confianza. Aún cuando el trabajador alegue que sigue siendo leal y de confiar, deja de serlo, sólo por el hecho de que el empleador ya no lo considera como tal. La confianza no tiene absolutamente nada que ver con el afecto, la amistad o el cariño (p.40).

De esta manera, la confianza se extrae del margen del afecto, la amistad o el cariño, sino que, al ser un concepto relacional, su conceptualización se enmarca en las propiedades inherentes que se deben tener en una relación laboral entre empleado y empleador con respecto al correcto desempeño de un cargo de gran importancia para el desarrollo de una razón social.

Aun así, para comprender los empleos de LNR, cuando el empleado público es asignado por el criterio de confianza en una planta de empleo, este acercamiento resulta incompleto para agrupar todas las implicaciones jurídicas de su confluencia con los sistemas de carrera administrativa. El mérito y la capacidad que se garantiza mediante el concurso público entran en conflicto con la libre designación en cabeza de los nominadores. Por eso desde la dogmática jurídica, con el fin de objetivar el actuar de la administración pública, se ha distinguido entre la existencia de la confianza política y la confianza profesional u objetiva como elementos circunstanciales de especial estudio en la figura del empleo de LNR.

Igartua Miró (2009) indica que la confianza política en los sistemas de empleo de la administración pública alude a una relación de confianza mutua en la prestación del servicio por razones de afinidad ideológica, personal o política para el desarrollo de las funciones del cargo. Y en contraposición se encuentra la confianza profesional, elemento base de la administración, que

alude a una relación de confianza en la prestación del servicio por razones de idoneidad objetiva, es decir, una elección a partir de las técnicas de preparación, capacidad y aptitud profesional. Una confianza que se basa en la “cualificación e idoneidad precisas para el mejor desempeño de las funciones de cada puesto” ( Igartua, 2009, p. 622).

Entonces, para esta autora, si bien en el ordenamiento jurídico de España existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional en pro de privilegiar el criterio de confianza técnica para ocupar los puestos de libre designación, este no es posible materializarlo en la estructura actual del sistema. Esto, porque no existe una herramienta o método que permita establecer criterios objetivos para realizar estas mediciones. Por eso, la autora propone un sistema de preselección previo a cargo de un grupo de especialista donde se limite la discrecionalidad del nominador para elegir a los candidatos más capaces, y de esta manera desarrollar el principio de mérito y capacidad en los puesto de libre nombramiento y remoción.

En igual sentido narra Morell Ocaña (2001) la situación de los empleos de libre designación en el ordenamiento jurídico de España. Para este autor, el estudio de la confianza como criterio de selección debe dividirse entre lo que es la confianza política subjetiva y la confianza técnica objetiva. Donde la confianza política alude a un sentimiento de esperanza que se deposita en una persona con base en la lealtad y fidelidad para asegurar el cumplimiento de un programa de gobierno, mientras que, contrariamente, la confianza objetiva es la confianza que suscita una persona resultado de un juicio objetivo en relación con el mérito que ostentan varios aspirantes a un puesto administrativo. Por estas distinciones este autor considera que la confianza política no debe imponerse como criterio absoluto para la designación de cargos públicos en la administración.

En este sentido, la posibilidad constitucional de la libre designación no debe relegar el principio de mérito y capacidad, por ende, es necesario realizar un juicio objetivo para la designación de altos cargos y privilegiar de esta manera el buen y correcto funcionamiento de la administración. Adicionalmente, la diferenciación así planteada alberga la distinción entre Gobierno y Administración. Donde los cargos que deben ser ocupados con base en la confianza política deben reducirse exclusivamente a los cargos inmediatos al Gobierno<sup>7</sup>, ya que este se fundamenta sobre la base de unos vínculos de lealtad política, mientras la Administración se

---

<sup>7</sup> En nuestro ordenamiento jurídico el Consejo de Estado en Sección Segunda-Subsección A, mediante acción de tutela 05308 de 2023, C.P Gabriel Valbuena Hernández, define la categoría de funcionario político en referencia a aquellos funcionarios quienes representan la vocería del gobierno nacional en asuntos de particular trascendencia social, económica y política que van ligados a la soberanía del Estado.

fundamenta en el principio del mérito y la capacidad para la satisfacción eficiente y objetiva de derechos (Morell, 2001).

Ambas posturas descritas se pueden sintetizar en la posición asumida por Alonso Cajigas (2009), quien sostiene que la designación es libre, pero la motivación de la elección debe basarse en los principios del mérito y la capacidad.

En conclusión de este apartado, son varios los ordenamientos jurídicos que no contemplan una definición legal de lo que se entiende por confianza como criterio habilitante para la elección del personal en empleos de libre designación. Una situación que ha llevado a la jurisprudencia y la dogmática jurídica a dotar de contenido este concepto. Labor que tiene implicaciones importantes tanto en regulación de relaciones laborales públicas y privadas, pero que resulta más problemática en el empleo público, ya que la indeterminación legal del concepto dota de un alto poder semántico a la administración para nominar y remover empleados públicos en contravía de los principios de mérito, capacidad y continuidad de los servicios en cabeza del Estado.

Por otra parte, como producto del recuento jurisprudencial y dogmático, y como un ejercicio de síntesis crítica interpretativa, se podría afirmar que la confianza en los empleos de LNR es un concepto relacional y justificante de provisión de empleos, diferente y contrario al mérito y la capacidad, que determina la posibilidad de que una persona ocupe un cargo dentro de la administración pública con base en razones subjetivas, pero objetivable jurídicamente a través de la habilitación legal de su ingreso. Así, la libre nominación y remoción de empleos con base en la confianza política solo tiene sentido cuando se trata de empleados al servicio directo del Gobierno, mientras que la confianza técnica debe ser la regla de la provisión de empleos de la Administración.

### **La discrecionalidad administrativa para el retiro del servicio en cabeza del nominador**

De la lectura del marco anteriormente expuesto se puede desprender que la relación entre el empleado y el nominador esta mediada por la confianza que suscita el segundo frente al primero, y que de ella depende tanto la nominación como el retiro. Un criterio subjetivo que brinda una discrecionalidad amplia al nominador que puede traer consecuencias negativas frente los derechos individuales del empleado. Sin embargo, no hay que perder de vista, dentro del rol del Estado como empleador, que nos encontramos ante una relación de servicio y ante una subordinación legal y

personal basada en la confianza. Pues si bien esta relación laboral es reglada por el derecho público, no impide su entenderla como una relación de servicio que debe ser humanizada<sup>8</sup>.

No obstante, desde el objetivo de este escrito, hay que resaltar que la discrecionalidad administrativa para el ingreso o el retiro del servicio en cabeza del nominador también puede acarrear consecuencias negativas para la continuidad en la prestación de servicios del Estado. El servicio a la comunidad es realizado por servidores públicos, personas naturales que concretizan las acciones de Estado, por eso se alude a seres humanos, que son quienes incorporan su fuerza de trabajo y la ponen al servicio del estado en alguno de sus ámbitos de actuación (...) este planteamiento tiene aplicación práctica en Colombia, en la medida en que, salvo excepciones muy puntuales, los servidores públicos sostienen con el estado una relación laboral, independientemente de que el vínculo sea de carácter estatutario o contractual. (Vergara Mesa, 2019, p. 98)

En consecuencia, considero que no debe plantearse la libre nominación y remoción de un empleado público como una idea abstracta, sino que debe englobarse la discusión a partir de las consecuencias materiales que pueden sobrevenir por un empleado que presta un servicio y que sea nombrado o retirado sin tener en cuenta objetivamente el mérito, la capacidad o su rendimiento.

De la mano de las explicaciones expresadas por Rincón Córdoba (2018), la discrecionalidad en la creación, designación y remoción de empleos públicos de LNR es considerada como un atributo de la potestad de autoorganización que tiene la administración pública en cabeza del jefe de la entidad o nominador. Este autor entiende la potestad de autoorganización como “la capacidad que tienen los diferentes organismos y entidades administrativas para completar su propio “diseño organizacional” con el objeto de acometer una tarea de adecuación de la estructura a la realidad (Rincón, 2018, p. 69). Potestad que se caracteriza por estar en constante función con los cometidos estatales asignados, razón por la cual se dota de un amplio margen de actuación a la administración para suplir la necesidad de contar con un aparato administrativo dinámico que responda a las exigencias de la realidad social.

En esta habilitación para crear su propio diseño organizacional se encuentra la posibilidad de crear y administrar la planta de empleo, por ejemplo, definir los empleos de LNR. Entonces,

---

<sup>8</sup> Vergara Mesa (2019) indica que “Puede entenderse por servidor público la persona natural que cumple tareas a cargo del estado, generalmente en forma subordinada y a cambio de una contraprestación económica, en cualquiera de los órganos que integran las ramas del poder público, tanto en el sector central como descentralizado y en los niveles territorial o por servicios, así como también en los órganos autónomos e independientes”(p. 97).

desde la instrumentalidad de esta potestad, se puede afirmar el reconocimiento de la inescindibilidad de la administración con el empleado público,

Porque, una vez se ha acometido a través de normas generales (leyes y reglamentos) el diseño de su estructura y funciones, se hace indispensable una labor de precisión de las tareas, a través, en primer lugar, de la conformación de los diferentes empleos públicos en normas de carácter secundario (plantas de personal, manuales específicos de requisitos y funciones y estatutos internos) (Rincón, 2018, p. 70).

De modo que el jefe de la entidad y el nominador ocupan un lugar determinante en la dialéctica entre Administración estatal, empleado público y eficacia material de los cometidos estatales a través del servicio a la comunidad. Resguardados de un gran poder generan un alto grado de dependencia personal y jurídica del empleado público derivada de la subordinación, que representa una inestabilidad potencial en la prestación del servicio a la comunidad y el logro de los cometidos estatales, cuando dicha subordinación se fundamenta en un criterio de tan alto nivel de indeterminación como la confianza.

Indeterminación que es consecuencia directa de la ausencia de una definición legal que conlleva al aumento de poder semántico en manos de la Administración y sus procesos de autoorganización. De hecho, como mencionan Atienza y Ruiz Manero (1996),

Por lo demás, las definiciones legislativas no cumplen únicamente una función (explicativa) de clarificar el lenguaje, al reducir ambigüedades y vaguedades, sino también- o, si se quiere, al precisar de esta manera los términos -la de restringir- o ampliar -el “poder semántico” de los jueces y de la doctrina jurídica. (Atienza & Ruiz, 1996, p. 175).

Con los argumentos de este doctrinante español queda claro que allí donde el legislador ha eludido una definición explícita, precisa y adecuada, le ha otorgado un poder semántico a la administración para convertir la excepción del uso de empleos de LNR en la regla.

Con todo, trayendo a colación nuevamente a Jorge Rincón (2018), “Suponer que existe una parcela de decisión soberana en materia de ordenación del aparato administrativo, en donde la autoridad estaría exenta de cualquier restricción, implicaría un reconocimiento expreso a la arbitrariedad” (p.75). Por esta razón, el Consejo de Estado, atendiendo al peligro de calificar la desvinculación como un acto arbitrario en un Estado Constitucional, ha desarrollado una jurisprudencia reciente entorno a las razones jurídicas que rodean el retiro del servicio de un empleado de LNR. A continuación, se describirán a profundidad las reglas jurisprudenciales que

se han construido alrededor de las razones para la declaración de insubsistencia en empleos de LNR.

### **Posiciones del Consejo de Estado para la declaración de insubsistencia de un empleo de LNR en relación con la confianza**

Indagar sobre la declaratoria de insubsistencia en los empleos de LNR también es preguntarse sobre la proporcionalidad del ejercicio de la facultad discrecional de la administración. Saber si dicha facultad desborda o no la habilitación constitucional, legal o reglamentaria del nominador de la administración. Por eso, el Consejo de Estado, ya sea por vía de los medios de control de nulidad simple, nulidad y restablecimiento de derecho o de nulidad electoral, ha construido un cuerpo argumentativo para analizar esta facultad discrecional para el retiro del servicio de un empleado público. Aun así, existen diferencias entre una Sección y otra perteneciente a la Sala de lo contencioso administrativo. A continuación, se presentará un bosquejo de los principales pronunciamientos que han realizado las distintas Secciones de lo contencioso administrativos sobre la materia a través de la exposición de algunos fragmentos.

Para comenzar, la Sección Tercera, Subsección C, radicado 61352 del año 2022, instituye que cuando el nominador es la primera autoridad ejecutiva de la entidad pública requiere conformar un equipo de trabajo en el cual pueda depositar su entera confianza para el desarrollo de su plan de gobierno. Por lo tanto, los móviles políticos son circunstanciales en el acto que declara la insubsistencia de un empleo catalogado como de libre nombramiento y remoción, entonces el móvil principal es la ausencia de confianza y credibilidad del nominador en los empleados que le rodean en actividades de suma importancia y responsabilidad para la entidad. En palabras de esta Sección:

La Sala denota que las razones que condujeron a Oscar Villanueva a encargar a la contadora pública Yinna Tovar Cardozo de las funciones de jefe de la División de Servicios Administrativos, convergen en la poca confianza que despertaba Mireya Parra Medina en quien fuere la primera autoridad ejecutiva del ente universitario. Por tanto, más allá de cualquier acto de revanchismo político que hubiese podido ejercer Villanueva Rojas o ánimo de cobrar el apoyo que le brindó la desvinculada a Gabriel Sandoval, la elección del demandado como rector -en armonía con la libertad y autonomía aludida por el señor Bernardo Quiroga-, implicaba conformar un equipo de trabajo que estuviera de acuerdo con su propuesta de gobierno.

Así las cosas, fuera de cualquier causa ajena al marco funcional o competencial atribuido al entonces rector del ente universitario, que hubiere generado la declaratoria de insubsistencia tácita del nombramiento de la Jefe de División de Servicios Administrativos de la Universidad de la Amazonia, lo que efectivamente se encuentra demostrado en el plenario es la ausencia de confianza y credibilidad del nominador que, como lo explicó recientemente la Sección Segunda de la Corporación, bien podía obrar como un asunto para determinar la disponibilidad del empleo que, según lo manifestado por Villanueva Rojas en su interrogatorio y la constancia allegada como prueba trasladada al expediente<sup>89</sup>, se encargaba de un aspecto de suma importancia y responsabilidad para la entidad, como era el trámite de celebración de contratos de personal y de servicios asistenciales (Consejo de Estado, Sección Tercera-Subsección C, M.P Jaime Enrique Rodríguez Navas)

Seguidamente encontramos a la Sección Segunda-Subsección A (0516-2019) en el año 2022. En esta ocasión la Sala comparte de manera general la postura anteriormente citada, pero agrega la necesidad de tener en cuenta el contenido funcional de los empleos de libre nombramiento y remoción para determinar cuándo se trata de un empleo de LNR basado en motivos estrictamente personales o de confianza del nominador o por el contrario se trata de un empleo de LNR que debe basarse en la confianza profesional del designado para la prestación de un servicio:

Así, en aquellos que se basan en esencia en la confianza del nominador, la estabilidad en el empleo es particularmente frágil porque dicho factor hace que la discrecionalidad para remover del cargo al funcionario deba concebirse de una forma más amplia en relación con aquellos empleos que atienden, predominantemente, a relaciones de confianza profesional (Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, M.P William Hernández Gómez)

Se trata de una exigencia que obliga jurídicamente a indagar y diferenciar en la situación que se estudie, pero que en últimas no es del todo determinante, ya que los motivos del acto que declara la insubsistencia se presumen y no es necesario que se encuentren estipulados de forma expresa, porque dicho acto, afirma la Sala, “se presume fundamentado en el mejoramiento del servicio y el interés general”.

Otro punto que ha desarrollado esta Corporación ha sido la justificación constitucional de la habilitación legal que contiene este artículo 42 de la Ley 909 de 2004, que se puede considerar distinta a la posición de la Subsección anteriormente descrita frente a la estabilidad laboral de los empleos que se basan en la confianza profesional.



Verbigracia, la Sección Segunda-Subsección B en Sentencia (2994-2022) del 2023, indica que la decisión del nominador de vincular o desvincular mediante acto de insubsistencia a empleados de LNR, sin motivación explícita alguna, es una potestad que el legislador quiso otorgar a la administración de forma general. Esta habilitación permite otorgar un mayor peso del criterio de confianza política en desmedro de la confianza profesional en la decisión de remoción. Esta subsección asume que la decisión del nominador se basa en consideraciones intuitu persona del funcionario y que la confianza no es posible medirla de manera objetiva.

Por lo tanto, es “la confianza que el funcionario inspira en su nominador” y no precisamente en sus características profesionales, o en su trayectoria laboral, que el nominador se basa para conservarlo en el ejercicio de sus funciones. En consecuencia, los actos de insubsistencia en empleos de libre nombramiento y remoción son considerados una excepción al principio de publicidad, donde la motivación es considerada una característica de este tipo de actos administrativos, pues el legislador lo quiso de esta manera. De ahí que el nominador, en el nivel directivo, es quien decide sin mayores justificaciones de quién desea estar rodeado para el correcto cumplimiento de los fines del Estado.

Por la importancia de la ilustración de dichas afirmaciones, se comparte a continuación algunos fragmentos de la Sentencia aludida. La Sección Segunda-Subsección B, asume que: el hecho de que el accionante tuviera una excelente hoja de vida no le daba fuero de estabilidad, de ahí que el presidente (e), pese a su condición de encargado, era su nominador con competencia para definir si no colmaba los requerimientos o perfiles de confianza y desempeño para lograr el cumplimiento de la misión institucional. Quedaba a la potestad y discreción del presidente de la entidad descentralizada rodearse del personal que considere apropiado y digno de confianza para alcanzar los fines del Estado, encomendados, en particular, a la agencia que dirige, por tal razón la ley le concede la prerrogativa de nombrar y remover libremente al personal que no ocupe cargos de carrera administrativa.

Aunque el demandante cumpliera sus deberes y observara buena conducta, no le creaba fuero de estabilidad en el empleo, de modo que no era óbice para que el nominador ejerciera la potestad de libre remoción del cargo, en atención a que es deber de los servidores públicos «Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial», tal como lo consagra el artículo 34 (numeral 2) del Código

Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) y lo dispone el artículo 209 de la Constitución Política, en el sentido de que la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de eficacia, celeridad e imparcialidad, entre otros.

Es más, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el manual de funciones de la entidad y tener una hoja de vida excelente constituyen presupuestos para desempeñar un cargo, pero no para crear fuero de estabilidad, pues bien pueden existir otras razones de conveniencia y oportunidad que aconsejen el retiro del servicio de empleado de libre nombramiento y remoción (Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección B, Rad. 2994-2022, M.P Carmelo Perdomo Cuéter).

Por último, una de las decisiones más recientes e interesantes para desarrollar el siguiente apartado de este texto se encuentra en la decisión con radicado (2216-2015) de 2023 de la Sección Segunda-Subsección A. En ella se expresa la relación intrínseca entre la facultad de libre remoción y el postulado del servicio a la comunidad como uno de los fines esenciales del Estado. Aquí el criterio de confianza no es inescindible del buen servicio y puede perjudicar el buen funcionamiento de la administración por la desvinculación del empleado, lo cual puede ser considerado como una desviación de poder en el acto de insubsistencia.

Es decir, para esta Sección la pérdida de confianza como motivación del nominador no vicia de nulidad el acto que declara la insubsistencia en los empleos de libre nombramiento y remoción per se. Para que el criterio de ausencia de confianza no se considere como una desviación de poder los motivos que guíen la desvinculación deben estar encaminados a la confianza sí, pero en relación con el mejoramiento del servicio. En otras palabras, será considerado el acto que declara la insubsistencia de un empleo de LNR como un acto viciado de nulidad por la causal de desviación de poder siempre y cuando el demandante logre demostrar que el nominador tuvo razones diferentes al mejoramiento del servicio. En palabras de la Sala.

De acuerdo con las consideraciones realizadas, debido a las condiciones propias de un servidor público de libre nombramiento y remoción, resulta ajustado a la legalidad el acto administrativo de insubsistencia cuando la confianza se ha perdido, siempre que ello conlleve el entorpecimiento del normal funcionamiento de la administración y la decisión no resulte arbitraria.

Sin embargo, en virtud de la presunción de legalidad que cobija a los actos administrativos, le corresponde a quien alega la nulidad del acto que declara la insubsistencia del

nombramiento, demostrar sin asomo de duda, que se produjo a partir de motivos que nada tienen que ver con el mejoramiento del servicio (Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección A, M.P Gabriel Valbuena Hernández).

En definitiva, como se demostró a lo largo de este apartado, el retiro del servicio de un empleado público mediante la declaratoria de insubsistencia de un empleo de LNR basado en la pérdida de confianza, goza de una motivación implícita que corresponde a la presunción de legalidad por mejoramiento del servicio. Razón por la cual se convierte en una carga argumentativa de aquel que ha sido removido demostrar fácticamente que su desvinculación significó un desmejoramiento en la prestación de servicio de la entidad. Aun así, ocurre un traslado de la discusión jurídica al plano subjetivo del nominador cuando es netamente la pérdida de confianza el motivo principal del problema jurídico, donde los reproches jurídicos se devalúan y el campo de discrecionalidad del nominador aumenta.

## **8 Discusión**

### **¿Para quién trabaja quien ocupa un cargo de LNR? ¿Para la comunidad o para el nominador?**

El alto grado de subordinación personal en este tipo de empleos genera cuestionamientos frente al nexo jurídico laboral del empleado, ya que es difuso si este nexo se predica con el Estado como institución organizacional o con el nominador como personalización de este. En este contexto vale la pena preguntarse ¿Para quién trabaja quien ocupa el cargo?: ¿para la comunidad o para el nominador?; esto, con el objeto de reflexionar sobre las implicaciones teóricas y prácticas que trae consigo la indeterminación del criterio de confianza, pues pareciera que el empleado público en estos cargos tiene el deber jurídico de preocuparse más por mantener la confianza del nominador que de cumplir con las funciones específicas a desarrollar en pro de la comunidad.

La anterior es una situación paradójica, dado que, por un lado, en la creación y la provisión de este tipo de empleos, para suplir la exigencia jurisprudencial del principio de razón suficiente, el criterio determinante es la existencia de una confianza política, pero por el otro, en las exigencias para la libre remoción de estos empleos, el criterio determinante es la debilidad de la confianza técnica o profesional en el empleado. En todo caso, existe la posibilidad de desvirtuar la presunción

de legalidad del acto si se logra demostrar que la remoción tuvo motivos ajenos al mejoramiento del servicio.

En la jurisprudencia, al momento de discutir el ingreso al cargo, la figura central de justificación de existencia del empleo es el servicio inmediato al nominador, en detrimento de las discusiones frente al mérito y la capacidad. Mientras que en las discusiones entorno al retiro, la figura central es el mejoramiento del servicio. Cuando en todos los momentos del ciclo de empleo de estos cargos debería estar presente, como eje jurídico argumentativo, el principio del servicio a la comunidad.

Vale la pena mencionar que en distintas disposiciones de la Carta constitucional se puede notar que el eje principal de la existencia de cualquier empleo es la materialización del servicio a la comunidad y los cometidos estatales. Por ejemplo, el artículo 2 indica como fin esencial del Estado “servir a la comunidad”, seguido por el 209 constitucional, que establece que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales” y, el artículo 123, que complementa afirmando que “los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad”. Disposiciones que armonizan en el empleado público designado el deber constitucional de sintetizar materialmente el servicio a la comunidad y el mejoramiento del servicio en el ejercicio de sus funciones. Brindándole sentido orgánico al mérito, la capacidad y la estabilidad del empleado público.

Es así como, desde los inicios de la positivización actual de la función pública en Colombia, en la Asamblea Nacional Constituyente se vislumbraba el riesgo latente que significa para el sistema de empleo público la constitucionalización de los empleos de LNR. Nuevamente, Arbeláez y Guisao(2014), en el análisis histórico de esta figura, mencionan que en:

El Proyecto reformativo N°124 (1991) del señor Constituyente Herrera, que en su intención de elevar a rango constitucional el derecho al trabajo, hace alusión a los empleados públicos que carecen de estabilidad, ya que su permanencia no depende del correcto desempeño de la función pública ni la prestación eficiente del servicio a la colectividad, sino más bien de manera preferente al capricho del agente de la administración, quien actúa con frecuencia abusando de la denominada facultad discrecional y con la desviación de poder que le da la potestad del libre nombramiento y remoción en relación con sus empleados (p. 17).

Apuesta argumentativa del exconstituyente Hernando Herrera Vergara, que posiciona al mérito, la capacidad y la estabilidad del funcionario público como pilares que no pueden ser sustituidos dentro de un sistema de empleo público, ya que son una garantía del cumplimiento de los cometidos estatales. En igual sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C-588 de 2009, en desarrollo del test de sustitución, para determinar los principios identitarios del concurso público frente al ingreso automático a los empleos de carrera, indico que:

De acuerdo con la Corte, existe, entonces, una estrecha relación entre el cumplimiento de los fines del Estado y la prioridad que el constituyente otorga a la carrera administrativa, “que se explica en la naturaleza del sistema y en los principios que lo fundan”, dado que “la operatividad material de los sistemas de carrera administrativa impide la reproducción de prácticas clientelistas y otras formas de favorecimiento a través de la concesión irregular de empleos estatales, comportamientos estos que alejan a la función pública de la satisfacción del interés general y del cumplimiento de los fines esenciales del Estado” (Corte Constitucional, Sala Plena, M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

Con base en lo descrito hasta ahora, constitucionalmente el servicio a la comunidad es un horizonte interpretativo esencial para sopesar el alto poder discrecional que tiene la administración como poder público. De otra manera, el poder semántico que tiene el nominador, a la hora de definir y hacer uso del criterio confianza, aumenta el potencial de reproducción de prácticas clientelistas y de botín político en cualquiera de los niveles de la estructura jerárquica del empleo público. Solo el mérito y la capacidad, en armonía con la libre designación y retiro, puede ser el contrapeso para no caer en la poca o nula diferenciación entre la pérdida de la confianza, que es un criterio eminentemente subjetivo, y la arbitrariedad absoluta.

Regresando a la pregunta, se podría afirmar que el Estado es personalizado de forma transitoria por el jefe del organismo u entidad que tiene a cargo la dirección de las instituciones estatales. Desde este punto, se podría establecer que efectivamente la subordinación que implica el servicio directo al nominador se eleva como indicio en pro de la consolidación de los planes institucionales. Por ende, la relación laboral, legal y reglamentaria se podría entender como prestación de servicios al Estado y a la comunidad. Sin embargo, dicha afirmación puede ponerse en duda cuando nos referimos a que el ingreso, la permanencia y el servicio del empleado está sujeta directamente a la confianza política subjetiva, al capricho o razones personales, que no

pueden ser objetivadas a través del rendimiento del empleado en sus metas o indicadores de cumplimiento.

De hecho, la ausencia de un juicio objetivo puede ir en contravía del precepto constitucional que indica que en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción (Art. 125, C.P). Una prohibición que encausa al Estado y a la Administración a direccionarse por razones objetivas y no subjetivas. Pues el alto poder del nominador sobre la subordinación del empleado desvirtúa cualquier idea del servicio al Estado o a la comunidad, para resaltarse más bien la afirmación de que se trata de una prestación de servicio únicamente y de manera personal al nominador.

Y más aún, cuando se crea un empleo de LNR mediante un subterfugio laboral administrativo<sup>9</sup>, la libre remoción sin motivación parece más acercarse a la teoría monárquica de la relación especial de sujeción que a una relación legal y reglamentaria que caracteriza a los sistemas de empleo público en los Estados de Derecho. Al respecto Vergara Mesa (2019) menciona que

Figuras como la mencionada muestran la alta carga ideológica que históricamente ha rodeado la situación del empleado público, propiciando de ese modo que sus actividades de prestación de servicios a favor del Estado hayan seguido una suerte diferente a las relaciones de trabajo de carácter privado, con la grave consecuencia de alejarlo de la protección que ordinariamente dispensa el derecho laboral. (p. 106)

Aunado a este contexto, la estabilidad del empleado no solo se debe considerar con base a la afectación de los derechos fundamentales, sino que se trata de una relación más compleja, donde la libre remoción también puede afectar la estabilidad o continuidad del servicio a la comunidad y los intereses generales del Estado como empleador. Una afectación identificada desde siglo XX por autores como Gaston Jèze (1949), quien afirma que “los agentes públicos cumplen con su deber, no para complacer a sus jefes, sino para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público” (p.13). Postulado de vieja data que entra en tensión y contradicción con el alto grado de subordinación personal, basado en la confianza política, para la materialización efectiva de los cometidos estatales en esta tipología de empleos.

---

<sup>9</sup> Nombro subterfugio laboral-administrativo el fenómeno jurídico ampliamente registrado que consiste en la creación engañosa de un empleo como de naturaleza política cuando en realidad se trata funcionalmente de un empleo de naturaleza administrativa.

## 9 Conclusiones.

El primer destinatario de la ley en materia de función pública es la administración, quien tiene a su cargo la creación de la planta de personal. Si no se define de manera legal y precisa en qué consiste el criterio de confianza en los empleos de LNR, se le está dando un desmedido poder semántico al nominador que amplía la excepción en desmedro de la regla de carrera administrativa. Pues se dificulta hacer diferenciaciones para saber cuándo efectivamente se trata de un verdadero empleo de naturaleza política o simplemente administrativo. Por ende, la ausencia de una referencia de control preciso permite la homogenización de los empleos de LNR basados en la confianza (Rincón Córdoba, 2019), posibilitando legalmente el subterfugio laboral-administrativo.

Una tarea de interpretación constitucional, basada en criterios generalmente aceptados, nos permite concluir que el empleado público independientemente de su calificación está al servicio del Estado y de la comunidad. Posición distinta han asumido en mayoría las Secciones del Consejo de Estado que han evocado conocimiento sobre estos asuntos, donde el principio de razón suficiente en la creación de estos empleos consiste en la confianza política que debe tener el nominador en sus empleados más inmediatos, pero pareciera que queda relegado al margen la necesidad de justificar socialmente que las funciones a desempeñar en el cargo a crear estén dirigidas al mejoramiento del servicio y el servicio a la comunidad.

Parece contradictorio que la Carta propugne, por razones históricas, descartar la filiación política como criterio determinante del nombramiento, el ascenso o la remoción, pero sea jurisprudencialmente válido nombrar y remover empleos públicos de naturaleza funcional administrativa con base en la confianza política como criterio determinante. No hay que dejar de lado que la confianza es algo subjetivo que recae en la esperanza en las calidades del sujeto, entre ellas su filiación política.

La dialéctica constitucional exige teórica y jurisprudencialmente al legislador diferenciar semánticamente los grados de confianza y la necesidad de una correcta delimitación de la naturaleza funcional de cada empleo que posibilite diferenciar a los empleados políticos de los administrativos. De ese modo se puede reducir la politización de la administración pública y promover directamente los objetivos y cometidos estatales planteados por nuestra Constitución.

### Referencias.

- Alonso Cajigas, A. (2009). La libre designación como forma de provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública. *Actualidad Administrativa*, 2 (15), 1765-1771
- Arbeláez, J. L. & Guisao, J. D. (2014). La idea constitucional de los empleos de libre nombramiento y remoción en Colombia. Recuperado de:  
<http://hdl.handle.net/20.500.11912/1441>.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991). *Constitución Política de Colombia*. Diario Oficial.
- Atienza, M. & Ruiz Manero, J. (1996). Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. Editorial Ariel
- Bourdieu, P. (2012). Sobre el Estado. Cursos en el Collège de France. Editorial Anagrama
- Concha Valencia, C. (2014). Análisis De La Estabilidad Laboral De Los Trabajadores De Confianza Según El Tribunal Constitucional [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú] PUCP. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5244>
- Congreso de la República. (2004). *Ley 909 de 2004 (septiembre 23): por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial.
- Consejo de Estado. (1995). *Sentencia CESS con Rad. 8464 de 1995. C. P. Carlos Arturo Orjuela Góngora*. Consejo de Estado.
- Consejo de Estado. (2022). *Sentencia CESSA con Rad. 0516-2019 de 2022. C. P. William Hernández Gómez*. Consejo de Estado.
- Consejo de Estado. (2022). *Sentencia CESTA con Rad. 61352 de 2022. C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas*. Consejo de Estado.
- Consejo de Estado. (2023). *Sentencia CESSA con Rad. 2216-2015 de 2023. C. P. Gabriel Valbuena Hernández*. Consejo de Estado.
- Consejo de Estado. (2023). *Sentencia CESSB con Rad. 2994-2022 de 2023. C. P. Carmelo Perdomo Cuéter*. Consejo de Estado.
- Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C.195 de 1994. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa*. Corte Constitucional.
- Corte Constitucional. (2004). *Sentencia C.673 de 2004. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva*. Corte Constitucional.



- Corte Constitucional. (2009). *Sentencia C-588 de 2009. M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. Corte Constitucional.
- Corte Suprema de Justicia. (1948). *Sentencia con Rad. 2189 de 1948. M.P Dr. Jaramillo Arrubla*. Gaceta Judicial 27-10-1948 de la CSJ-SL.
- Corte Suprema de Justicia. (1989). *Sentencia con Rad. 2189 de 1948. M.P. Manuel Enrique Daza Álvarez*. Corte Suprema de Justicia.
- Departamento Administrativo de la Función Pública (2023). Cantidad de empleos y tipos de planta por entidad. <https://www.datos.gov.co/Funci-n-p-blica/Cantidad-de-empleos-y-tipos-de-planta-por-entidad/fvq4-wwtz>
- Elí Chinchilla, T.(2020). Crítica a la mitología del discurso constitucional. Editorial Universidad de Antioquia.
- Igartua Miró, M. (2009, del 29 al 30 de mayo). ¿Avances hacia el fin del abuso y la arbitrariedad en el sistema de libre designación? [Ponencia]. El Estatuto básico del empleado público: XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Badajoz, España. <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/48444/¿Avances%20hacia%20el%20fin%20del%20abuso%20y%20la%20arbitrariedad%20en%20el%20sistema%20de%20libre%20designación.PDF?sequence=1>
- Jèze, G. (1949). Principios Generales del Derecho Administrativo (Tomo II). Editorial Depalma
- Marx, K. (2008). Contribución a la Crítica de la Economía Política. 9ª ed. Recuperado de [http://ecopol.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/202/2013/09/Marx\\_Contribuci%C3%B3n-a-la-cr%C3%ADtica.pdf](http://ecopol.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/202/2013/09/Marx_Contribuci%C3%B3n-a-la-cr%C3%ADtica.pdf)
- Morell Ocaña, L. (2001). Dirección de la Administración Pública por el Gobierno y garantías de imparcialidad administrativa. *Revista de administración pública*, (156), 23-58
- Morell Ocaña, L.(2001). Dirección de la Administración Pública por el Gobierno y garantías de imparcialidad administrativa. *Revista de Administración Pública*
- Parejo, A. (1998). Manual de derecho administrativo. Editorial Ariel
- Poulantzas, N. (1979). Estado, poder y socialismo. Editorial Siglo XXI.
- Presidencia de la República. (2015). *Decreto 1083 de 2015: por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*. Diario Oficial.
- Rincón Córdoba, I.(2018). La teoría de la organización administrativa en Colombia (29.ª ed.). Editorial Universidad Externado de Colombia

Rincón Córdoba, I.(2019). Derecho administrativo laboral. Empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Vergara Mesa, H.(2019). Instituciones del derecho laboral administrativo. Editorial Universidad de Antioquia