

CONCEPTO 24442 DE 2018

(mayo 8)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: Edder Harvey Rodríguez Laiton-Coordinador Grupo de Relaciones Laborales-Secretaría General-SENA ehrodriguezl@sena.edu.co
DE: Coordinador del Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa
ASUNTO: Empleado Público de Libre Nombramiento y Remoción-Proceso de selección

En atención a la solicitud, sin radicar, de fecha 24 de abril de 2018, en la que se requiere emitir concepto jurídico frente al tema de procesos implementados para seleccionar a los servidores de libre nombramiento y remoción, entre otros por el SENA, me permito manifestarle:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

CONCEPTO JURÍDICO

a) SERVIDORES PÚBLICOS/EMPLEADOS PÚBLICOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

En primer lugar, es preciso señalar que el artículo [123](#) de la Constitución Política de Colombia establece:

ARTÍCULO [123](#) Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

A su vez dispone el artículo [125](#) de la Carta Magna:

ARTÍCULO [125](#) Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

(...) (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado son por regla general, de carrera, y excepcionalmente son de elección popular, de libre nombramiento y

remoción y trabajadores oficiales, entre otros que determine la ley. Así señaló la Corte Constitucional en la sentencia SU-539 de 2012:

[...] los cargos de libre nombramiento y remoción se exceptúan de esa regla general. Ahora bien, 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, lo que en el caso de la carrera judicial implica que los cargos de libre nombramiento y remoción deben ser definidos por el legislador de manera expresa, 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.

Respecto a las categorías existentes de empleados públicos y trabajadores oficiales, el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, señala:

ARTÍCULO 5. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. <Aparte entre paréntesis declarado INEXEQUIBLE> Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

En este orden de ideas, las principales diferencias existentes entre un Empleado Público y un Trabajador Oficial, son las siguientes:

- El Empleado Público se rige por una relación legal y reglamentaria, y se concreta con un acto de nombramiento y la suscripción de un acta de posesión, en tanto que un Trabajador Oficial suscribe un contrato de trabajo;
- Los empleados públicos desarrollan funciones que son propias del Estado, de carácter administrativo, de jurisdicción o de autoridad, las cuales se encuentran detalladas en la Ley o el reglamento, mientras que los Trabajadores Oficiales desarrollan actividades que realizan o pueden realizar ordinariamente los particulares, entre otras, labores de construcción y sostenimiento de obras públicas.
- El régimen jurídico que se aplica a los Empleados Públicos es de derecho público y las controversias que se susciten con la Administración deben ventilarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en tanto que el régimen jurídico que se aplica a los Trabajadores Oficiales es en principio de derecho común, y los conflictos laborales son de competencia de los jueces laborales.
- Con respecto al tema de fuero sindical, es importante señalar que el artículo 39 de la Constitución Política no hace diferenciación en esta materia y extiende derecho a empleados y trabajadores. Según la Ley 362 de 1997, “Por la cual se modifica el artículo 2o del Código Procesal del Trabajo y se dictan normas sobre competencia en materia laboral”, la jurisdicción

del trabajo conoce, entre otros, de los asuntos sobre fuero sindical de los trabajadores particulares y oficiales y del que corresponde a los empleados públicos.

Ahora bien, según lo dispuesto en la carrera administrativa y dentro de la clasificación de empleos, los cargos de libre nombramiento y remoción son aquellas asignaciones laborales realizadas a discreción del empleador o nominador y que se rigen por el criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional de una persona. Al respecto, se precisa por la Función Pública que los empleados de libre nombramiento y remoción como su nombre lo indica, pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, toda vez que ocupan lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública, razón por la cual, no gozan de las mismas prerrogativas en igualdad de condiciones que para los empleados pertenecientes al régimen de carrera^[1]

La Corte Constitucional de manera unificada ha señalado que corresponde al legislador determinar cuáles cargos deben exceptuarse del régimen general de carrera administrativa y considerarse de libre nombramiento y remoción. (C-023 de 1994, C-195 de 1994, C-514 de 1994 y C-306 de 1995)

Es así como, la Ley 909 de 2004, “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, en relación con la forma de retiro a través de la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción en el artículo 41, expresa:

ARTÍCULO 41 CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

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

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”. (Subraya fuera de texto)

En consecuencia, la insubsistencia es una causal autónoma de retiro del servicio y es producto de la facultad discrecional de remoción de la cual están investidas las autoridades nominadoras, con el propósito de hacer cesar la vinculación con el empleo para el cual un servidor fue designado. La decisión de declaratoria de insubsistencia, ha de llegarse cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad de acuerdo con la necesidad del servicio y los fines del Estado.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia Radicado No. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006, M.P. Tarsicio Cáceres Toro, afirmó:

[...] La insubsistencia del nombramiento es una figura a la que se recurre cuando la autoridad nominadora lo considera conveniente, en aras del mejoramiento del buen servicio. Sabido es que una medida de tal naturaleza se supone inspirada en razones del buen servicio, fin primordial de la función pública, y que el acto administrativo contentivo de una manifestación de voluntad, como la que se controvierte, goza de la presunción de legalidad, vale decir, que se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico vigente, aunque puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. (Subraya fuera de texto)

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia de fecha 4 de noviembre de 2008, radicado No. 4425-2004, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, señaló:

[...] En cuanto a los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción, la Sala reitera su criterio jurisprudencial, según el cual, dada la forma en que se realiza el ingreso, así mismo puede la administración en cualquier tiempo declarar la insubsistencia, a través de acto administrativo que no requiere motivación alguna. No obstante, la justificación del retiro debe propender por la búsqueda de mejorar el servicio de la entidad pública y los intereses generales que deben predominar en la función pública.

Dicho objetivo es una presunción que la ley le otorga a estos actos, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que por tal razón, se desmejoró el servicio". (Subraya fuera de texto)

También el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", en sentencia del 8 de mayo de 2008, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado No. 70001-23-31-000-2001-01370-01 (2447-07), expresó:

[...] Respecto de esta clase de empleos públicos, ha sido claro el criterio establecido por la Sala en lo relacionado con el tratamiento que debe darse a los funcionarios que los ocupan, en el entendido de que corresponde a la Administración, en ejercicio de su facultad discrecional y con el fin del mejoramiento del servicio, efectuar los movimientos de personal que a bien tenga dada la naturaleza especial que revisten, por lo que no es necesaria la motivación expresa del acto de retiro de los mismos, para proferir dicha decisión. Es en síntesis, una amplia facultad o margen de libertad para que la Administración elija a los funcionarios que en su sentir desempeñarán una mejor tarea en pro del buen servicio público que prestan y del cumplimiento de los fines que se le han encomendado, por ello resulta razonable en aras del interés de la institución, al cual debe ceder el interés particular, que el nominador en ejercicio de su potestad discrecional pueda retirar del servicio a los funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo. (Subraya fuera de texto)

Se han establecido, conforme con el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, los criterios para clasificar estos empleos, en consecuencia son de libre nombramiento y remoción:

- i. Los empleos de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices o los altos funcionarios del Estado.
- ii. Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los altos funcionarios del Estado, siempre y cuando, tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos. Incluye aquellos empleos de especial confianza.
- iii. Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.
- iv. Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.
- v. Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales.

vi. Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.

En este orden de ideas, teniendo clara el concepto y la naturaleza del empleado público de libre nombramiento y remoción, es preciso analizar el uso de procesos de selección para su designación o nombramiento.

b) PROCESOS DE SELECCIÓN LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

Si bien los empleados públicos de libre nombramiento y remoción no están sujetos a la carrera administrativa, esto no impide que el nominador realice un concurso de méritos para su selección como mecanismo de control y transparencia, siempre y cuando no desnaturalice la esencia de la provisión de estos cargos, que es la confianza que se predica del ejercicio de las funciones que se van a desempeñar y por la cual se ha otorgado cierta libertad a la administración para seleccionar y retirar a estos empleados públicos.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 9 de febrero de 2012, radicado No. 17001-23-31-000-2003-14081-01(1579-09), actora: Marina Gutiérrez Gómez y demandado: ISS, concluyó:

[...] La regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo [125](#) de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello. Así las cosas, resulta razonable que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que superar 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. No obstante lo anterior, nada impide que se realice para proveer los cargos que son de libre nombramiento un concurso por el sistema de méritos, porque este se constituye en un mecanismo de control y transparencia y son desarrollo de los principios constitucionales referentes a la forma de proveer los empleos públicos.

[...] Si bien la administración puede proveer empleos de libre nombramiento y remoción mediante procesos de selección por méritos, esta circunstancia no tiene la capacidad de modificar la naturaleza de los citados cargos. Lo anterior porque, de acuerdo con el artículo [125](#) de la Constitución Política es el legislador a quien el constituyente le confiere la facultad de establecer taxativamente la naturaleza de los empleos en todos los niveles de la administración con el fin, de establecer regímenes homogéneos de administración de personal, para asegurarle a todos los funcionarios del Estado unas condiciones uniformes en cuanto se refiere al ejercicio de sus derecho y prerrogativas de carácter laboral. No se avalaron dos ternas enviadas al Presidente del ISS, las referidas ternas eran las correspondientes a las Seccionales de Caldas y Cauca, en consideración a que "los aspirantes no cumplieron con las expectativas de los directivos del Seguro, luego del plan de inducción y talleres realizados por las Vicepresidencias de cada una de las áreas de la entidad". Por lo expuesto, es posible afirmar que el proceso de selección por méritos de los cargos de Gerentes Seccionales se respetó y culminó en debida forma, que el

proceso del concurso de meritocracia se siguió cumpliéndose cada una de las etapas, pero ello no era impedimento para que el Presidente del ISS quien tiene la facultad nominadora de los cargos de Gerentes Seccionales, viera limitada dicha facultad y estuviera obligado a elegir única y exclusivamente a quienes conformaban la terna a él presentada, si ella la integraban personas que no cumplieron con las expectativas de los directivos de la entidad luego de realizado actividades como son los talleres que realizaron cada una de las dependencias del ISS. En este punto es preciso señalar que la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha dicho, que los actos administrativos (Directivas Presidenciales, Resoluciones, Acuerdos entre otros) no pueden aplicarse si ellos están dirigidos a limitar la facultad de libre remoción de los empleados públicos porque esos actos "no pueden modificar o suspender la competencia que la ley le ha conferido al nominador para nombrar o remover a sus funcionarios". Así las cosas, considera la Sala que el Presidente del ISS, no se extralimitó en sus facultades nominadoras al designar como Gerente del ISS Seccional Caldas, al señor Luis Guillermo Florez Henao, dada la imposibilidad de nombrar a alguno de los integrantes de la terna que no llegaron las expectativas de los directivos del ISS. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Es así como la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, juez natural en estos asuntos, ha considerado que los empleados de libre nombramiento y remoción, son una excepción al sistema de la carrera administrativa, quienes sin haber superado obligatoriamente las distintas etapas de un proceso de selección por méritos de carrera administrativa ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de conducción u orientación institucional, de las cuales se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño. Entonces es razonable, que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que superar 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.

En el mismo sentido, se ha advertido por el Consejo de Estado, como se expuso en la providencia de fecha 27 de noviembre de 2009^[2] que si se hace una convocatoria por meritocracia, el concurso debe dejar en claro que los cargos son de libre nombramiento y remoción, es decir, que por participar en ellos y superarlos “no se adquieren los privilegios de la carrera administrativa” para no incurrir en alguna hipótesis de nulidad de los actos administrativos.

En este orden de ideas, en desarrollo de la política gubernamental dirigida a concretar los principios de la función administrativa de transparencia, moralidad, imparcialidad e igualdad, se ha querido proveer los cargos de libre nombramiento y remoción mediante el concurso público. En el año 2002, se expidió la Directiva Presidencial No. 10, dirigida a los ministros, directores de departamentos administrativos, superintendentes, directores de unidades administrativas y directores, gerentes y presidentes de entidades centralizadas y descentralizadas del orden nacional, donde se señaló como propósito de acción para el gobierno la vinculación de los empleados públicos mediante el sistema de concurso público, así:

[...] a) Manejo gerencial de los recursos humanos: El nombramiento, selección y promoción de funcionarios debe tener como motivación exclusiva el mérito, la competencia y la capacitación idóneos para el cargo al cual se es candidato. Esta regla es de aplicación inmediata en todas las entidades del Estado y, en especial, en cuanto al nombramiento de los directores de las entidades desconcentradas del orden nacional y al proceso de selección de los funcionarios encargados del control interno en cada entidad.

[...]La regla general de éste deberá ser la meritocracia, la capacitación y el entrenamiento permanente de sus servidores de nómina. (Subraya fuera de texto)

Posteriormente, se expidió el Decreto 1972 de 2002, "por el cual se reglamenta la designación de los Directores o Gerentes Regionales o Seccionales o quienes hagan sus veces, en los Establecimientos Públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional", hoy compilado [\[3\]](#) en el Decreto [1083](#) de 2015, norma cuyo fin fue establecer el proceso que debía seguirse para conformar las ternas a las que se refería el parágrafo del artículo [78](#) de la Ley 489 de 1998^[4] en desarrollo de lo dispuesto en el numeral 13 del artículo [305](#) de la Constitución Política. Este procedimiento se denominó proceso de selección público abierto, el cual incluso sin ser obligatorio fue adoptado por otras entidades, ejemplo claro en su momento el Instituto de los Seguros Sociales.

En consecuencia, establece el Decreto [1083](#) de 2015 precitado:

ARTÍCULO [2.2.28.1](#). Designación. El Director o Gerente Regional o Seccional o quien haga sus veces será escogido por el Gobernador del Departamento donde esté ubicada físicamente la Regional o Seccional, de terna enviada por el representante legal del establecimiento público respectivo, la cual deberá estar integrada por personas que cumplan con los requisitos exigidos en el Manual de Funciones y Requisitos de la Entidad y sean escogidos de conformidad con el proceso de selección público abierto que se establece en el presente decreto.

Cuando el área de influencia de una Regional o Seccional abarque dos o más departamentos, el Director o Gerente Regional o Seccional o quien haga sus veces deberá ser escogido de la terna correspondiente, por votación unánime en el primer caso y por la mitad más uno de los respectivos gobernadores, en el segundo caso.

(Decreto 1972 de 2002, art. [1](#))

ARTÍCULO [2.2.28.2](#). Conformación de ternas. La conformación de las ternas de que trata el artículo anterior, se efectuará con las personas que sean escogidas mediante un proceso de selección público abierto.

Los representantes legales de las entidades objeto del presente decreto, efectuarán los trámites pertinentes para la realización del proceso de selección público abierto, el cual podrá efectuarse directamente por la entidad pública, o con universidades públicas o privadas, o con entidades privadas expertas en selección de personal, o a través de convenios de cooperación.

Dicho proceso de selección tendrá en cuenta criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo y por lo menos deberá comprender la aplicación de una o varias pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo, la práctica de una entrevista y una valoración de antecedentes de estudio y experiencia.

Parágrafo. El proceso de selección público abierto que se realice en cumplimiento de lo dispuesto en el presente Título, se efectuará bajo los criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad, teniendo en cuenta la idoneidad de los aspirantes para el ejercicio de las funciones.

(Decreto 1972 de 2002, art. [2](#))

ARTÍCULO [2.2.28.3](#). Naturaleza del cargo. El proceso de selección público abierto para la

integración de las ternas no implica el cambio de la naturaleza jurídica de los empleos a proveer y tampoco limita la facultad discrecional del nominador.

(Decreto 1972 de 2002, art. 3)

ARTÍCULO 2.2.28.4. Términos. La selección de la persona para ser nombrada en el empleo de Director o Gerente Regional o Seccional o el que haga sus veces, por parte del Gobernador, deberá efectuarse dentro de los ocho (8) días calendario siguientes a la fecha de recibo de la terna.

En las regionales o seccionales cuya área de influencia comprenda dos o más departamentos, el plazo será de quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de recibo de la respectiva terna, la cual será enviada al Gobernador del departamento sede de la regional o seccional.

Si en dichos plazos no se efectuare la selección por parte del Gobernador o de los Gobernadores, con el fin de no afectar el servicio, esta será decidida por el representante legal del establecimiento público, con base en la terna presentada, dentro de los ocho (8) días calendario siguientes al vencimiento de los términos anteriormente señalados.

(Decreto 1972 de 2002, art. 4 modificado por el Decreto 307 de 2005, art. 1)

ARTÍCULO 2.2.28.5. Competencia para el nombramiento y remoción. El nombramiento y remoción del Director o Gerente Regional o Seccional se efectuará por el representante legal del respectivo Establecimiento Público.

En el caso de vacancia temporal del empleo, éste será provisto por el Representante Legal de cada establecimiento público, mediante la figura del encargo.

(Decreto 1972 de 2002, art. 5)

ARTÍCULO 2.2.28.6. Seguimiento. La Vicepresidencia de la República podrá adelantar evaluaciones, sondeos y estadísticas sobre el desarrollo de los procesos de selección públicos abiertos establecidos en el presente Título, con el propósito de garantizar su eficiencia y transparencia.

Así mismo, en desarrollo de su función de lucha contra la corrupción, podrá recibir las quejas relacionadas con el incumplimiento de las disposiciones señaladas en este decreto y de las irregularidades que se presenten en el proceso de selección, para ponerlas en conocimiento de las autoridades competentes.

(Decreto 1972 de 2002, art. 6) (Subraya fuera de texto)

En cuanto al mérito y la facultad discrecional del nominador para proveer los cargos de libre nombramiento y remoción, el Consejo de Estado, Sección Segunda, ha reiterado que "[...] la consideración del mérito no es incompatible con la facultad de libre nombramiento y remoción o de designación en cargos de período, ya que el nominador en ejercicio de esa facultad precisamente puede optar por ese mecanismo si a bien lo tiene, y si el mismo es una forma de propender por el mejoramiento del servicio"^[5]

En conclusión, como ha señalado el Consejo de Estado, nada obsta para que la administración, en el marco de programas tendientes a garantizar la transparencia en el ejercicio de la función pública, y a tendiendo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad, pueda

proveer los empleos de libre nombramiento y remoción mediante un proceso de selección por méritos; esto siempre y cuando se respete el principio al mérito y el procedimiento establecido para agotar cada una de las etapas del concurso.

La anterior tesis jurisprudencial, ha sido ratificada por la Corte Constitucional, constituyendo precedente jurisprudencial obligatorio para la Administración, por cuanto también ha señalado en diversas oportunidades, que se ha abierto la posibilidad a que la administración se sujete a principios del concurso cuando desee proveer cargos de libre nombramiento y remoción respetando siempre los lineamientos del respeto al mérito. De otra parte, también ha reiterado como el nominador en ejercicio de esa facultad discrecional, precisamente puede optar por ese mecanismo (concurso) para elegir empleados públicos de libre nombramiento y remoción, si a bien lo tiene, y si el mismo es una forma de propender por el mejoramiento del servicio^[6]

Lo anterior en concordancia con lo establecido en el precitado artículo 125 de la Constitución Política, por cuanto es el legislador a quien el constituyente le confiere la facultad de establecer taxativamente la naturaleza de los empleos en todos los niveles de la administración para asegurar a todos los funcionarios del Estado unas condiciones uniformes en cuanto se refiere al ejercicio de sus derechos y prerrogativas de carácter laboral^[7]

En este orden de ideas, si bien el nominador puede proveer los cargos de libre nombramiento y remoción mediante procesos de selección por méritos, este proceder no tiene la capacidad de modificar la naturaleza de dichos cargos ^[8] y menos de asimilarlos a cargos de carrera administrativa. Lo anterior por cuanto no todo proceso de selección origina estabilidad o estatus de carrera en un cargo ^[9]

Ahora bien, dichos procesos para seleccionar quiénes ocuparán los cargos de libre nombramiento y remoción en una entidad estatal, verbi gracia a nivel regional o seccional, culminan con la presentación de una terna ante el nominador, quien tiene la facultad de escoger de la misma (sin que exista obligación de que sea en un orden estricto o determinado) la persona con la que va a proveer el cargo, pues se entiende los postulados reúnen los requisitos exigidos y han superado el proceso.

No obstante, según señala el Consejo de Estado, puede que de esas ternas los aspirantes no cumplan con las expectativas de la Administración, así señaló: "[...] los aspirantes no cumplieron con las expectativas de los directivos del Seguro, luego del plan de inducción y talleres realizados por las Vicepresidencias de cada una de las áreas de la entidad"^[10]

En consecuencia, si bien se cumplió con el proceso de selección por méritos en debida forma, esto no era impedimento para que quien tiene la facultad nominadora de los cargos de libre nombramiento y remoción, en el caso a nivel regional o seccional, provea el cargo con quien no estaba en la terna, lo anterior con el fin de que no se “viera limitada dicha facultad y estuviera obligado a elegir única y exclusivamente a quienes conformaban la terna a él presentada, si ella la integraban personas que no cumplieron con las expectativas de los directivos de la entidad luego de realizado actividades como son los talleres que realizaron cada una de las dependencias [...]”^[11]

De otra parte, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente en la sentencia T-755 de 2013, en cuanto al orden de la terna:

ACCIÓN DE TUTELA EN CONCURSO DE MÉRITOS-Improcedencia por cuanto en la convocatoria no se definió que se nombraría al primero de mejor puntaje sino se conformarían

ternas de las cuales Colpensiones podría discrecionalmente elegir. Dado que no existe disposición constitucional o legal que prohíba al presidente de la entidad adelantar una convocatoria pública especial, para seleccionar a las personas que ocuparán en una empresa industrial y comercial del Estado los cargos de trabajadores oficiales, pero se optó para proveerlos por una convocatoria pública, se respetaron las etapas previas del proceso, y los criterios de calificación y designación como ocurrió en este caso, la Sala considera que Colpensiones no vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al trabajo del accionante al no haberlo nombrado, pese a que hizo parte de la terna final de aspirantes para ocupar el cargo y obtuvo el mejor puntaje, porque en la convocatoria publicada y conocida por él se advirtió que hasta el momento del envío de la terna, se respetarían los puntajes. No obstante, cuando ésta se envía a Colpensiones, de esos tres nombres, podía designarse a la persona que más se ajustara a las necesidades de la entidad. (Subraya fuera de texto)

En consecuencia, una vez integrada la terna en el caso de las normas reguladas en el Decreto [1083](#) precitado, puede seleccionarse indistintamente al primero, al segundo o al tercero que la integran.

c) CONCLUSIONES

-De conformidad con lo dispuesto por los artículos [123](#) y [125](#) de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con lo dispuesto en la Ley [909](#) de 2004 y con lo manifestado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, las especies del género servidor público, pueden ser: empleados públicos de carrera, de elección popular o de libre nombramiento y remoción.

-En cuanto a los empleados públicos de libre nombramiento y remoción, se hace referencia a aquellas asignaciones laborales realizadas a discreción del empleador o nominador, quienes pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, siendo que corresponde al legislador determinar cuáles cargos deben exceptuarse del régimen general de carrera administrativa. (Numeral 2 del artículo [5](#) de la Ley 909 de 2004)

-La consideración del mérito no es incompatible con la facultad de libre nombramiento y remoción o de designación en cargos de período, ya que el nominador en ejercicio de esa facultad precisamente es que puede optar por ese mecanismo (concurso para seleccionar empleados públicos de libre nombramiento y remoción) si a bien lo tiene, y si el mismo es una forma de propender por el mejoramiento del servicio.

En otras palabras, nada obsta para que la administración, en el marco de programas tendientes a garantizar la transparencia en el ejercicio de la función pública, y a tendiendo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad pueda proveer los empleos de libre nombramiento y remoción mediante un proceso de selección por méritos.

-Ahora bien, se advierte la culminación de dichos procesos de méritos con la presentación de una terna, es decir, con los nominados para proveer el cargo de libre nombramiento y remoción, de los cuales uno podrá ser el seleccionado. Pero incluso, puede que ninguno sea el designado, porque a pesar de haberse adelantado el proceso de selección y encontrarse en dicha terna, por situaciones posteriores se establece que ninguno reúne las expectativas que se esperan de quien ha de ocupar el cargo.

Es decir, si bien el nominador puede proveer los cargos de libre nombramiento y remoción

mediante procesos de selección por méritos, este proceder no tiene la capacidad de modificar la naturaleza de dichos cargos y menos los asimila a los cargos de carrera administrativa; así en ningún momento se afecta la potestad discrecional del nominador.

-Los anteriores escenarios legales y jurisprudenciales, se aplican en su totalidad al establecimiento público SENA en el tema objeto de análisis.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. De igual forma, este concepto deberá interpretarse en forma integral y armónica, con respeto al principio de supremacía constitucional y al imperio de la ley (C. 054 de 2016); así como, en concordancia con la vigencia normativa y jurisprudencial al momento de su uso y emisión.

Cordial saludo,

CARLOS EMILIO BURBANO BARRERA

Coordinador

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto No. 84491 de 2017
2. Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 26 de noviembre de 2009, radicación número: 11001-03-25-000-2007-00092-00(1790-07), actor: Jesus Maria Ramírez Salazar, demandado: Consejo Superior de la Judicatura
3. Mediante Decreto número 1750 del 26 de junio de 2003, se escindió el Instituto de Seguros Sociales y se crearon varias Empresas Sociales del Estado como entidades públicas descentralizadas del nivel nacional, adscritas al Ministerio de la Protección Social. Sin embargo, esa norma no se aplica al caso que ocupa la atención de la Sala porque el acto administrativo impugnado fue expedido el 26 de mayo de 2003, esto es, antes de la vigencia de esa norma.

Desarrollo normativo expuesto por esta Corporación en la sentencia de 26 de febrero de 2004, Consejero Ponente: Dario Quiñones Pinilla, en el proceso de nulidad electoral radicación número: 11001-03-28-000-2003-0024-01(3132), Actor: José Castelar Mendoza Guerra; Demandado: Gerente, Grado 41, Registro 20454 del Centro de Atención Ambulatoria CAA de la Seccional de Sincelejo del Seguro Social.

Sea del caso mencionar, que el ejercicio de la compilación no conlleva modificación o derogatoria de las normas que se compilan.

4. Ley 489 de 1998. Artículo [78](#)o.- Calidades y funciones del director, gerente o presidente. [...]Parágrafo.- Los establecimientos públicos nacionales, solamente podrán organizar seccionales o regionales, siempre que las funciones correspondientes no estén asignadas a las entidades del orden territorial. En este caso, el gerente o director seccional será escogido por el respectivo Gobernador, de ternas enviadas por el representante legal.
5. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Bogotá, D.C., 22

de marzo de 2007. C.P.: Ana Margarita Olaya Forero. Radicado No. 25000-23-25-000-2002-04028-01(3648-04):

6. En este mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P.: Ana Margarita Olaya Forero, en la sentencia de 2 de marzo de 2007, Radicado No. 25000-23-25-000-2002-04028-01(3648-04), Actor: José Fernando Duarte Gómez demandado: Fiscalía General de la Nación.

7. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". C. P.: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 7 de julio de 2011. Radicado No. 050012331000200601107 01 (0740-2010). Actor: Eberth Alfonso Castro Murcia

8. Decreto 1972 de 2002. Artículo 3o. El proceso de selección público abierto para la integración de las ternas no implica el cambio de la naturaleza jurídica de los empleos a proveer y tampoco limita la facultad discrecional del nominador.

9. Ibídem 6

10. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". C.P.: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 9 de febrero de 2012. Radicado No. 17001-23-31-000-2003-14081-01(1579-09) Actor: Marina Gutiérrez Gómez. Demandado: Instituto de los Seguros Sociales.

11. Ibídem 9



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

