

Conceptos Indeterminados, Técnica Utilizada por el Legislador para establecer los Empleos de Libre Nombramiento y Remoción

Reseña de los autores.

Juan Camilo Medina Mazo, abogado de la Universidad de Medellín, especialista en derecho administrativo, Colombia, correo: camilo.medina@hotmail.com

David Alberto Herrera, abogado de la Universidad de Medellín, especialista en derecho de familia, Colombia, correo davidalbertoherrera@hotmail.com

Resumen

La ley 909 de 2004 estableció como excepción a la carrera administrativa los empleos de libre nombramiento y remoción, los cuales se caracterizan porque su provisión está bajo la disposición del nominador, Dicha excepción fue desarrollada en el artículo 5º de la ley 909 de 2004, norma que -por contemplar una excepción constitucional relevante- se muestra carente de una técnica legislativa clara y precisa, en la medida en que utiliza conceptos jurídicos indeterminados, esto es, no define ni delimita el alcance exacto de los mismos, situación que permite la libre imaginación del intérprete, no deja claras las intenciones de la ley, maneja conceptos amplios que generan una ambigüedad inadmisibles para las excepciones en este ámbito, porque el mandato constitucional referente a los empleos de libre nombramiento y remoción es claro en el sentido de que no sólo deben ser definidos por el legislador, sino también determinados en forma concreta y con un fundamento material contundente para ser apartados del régimen de la carrera.

Palabras clave: Función pública, empleo público, carrera administrativa, conceptos indeterminados, empleo de libre nombramiento y remoción.

Contenido

P.

Introducción	5
1. Referentes Teóricos	7
1.1 Función Pública	7
1.2 Empleo Público	7
1.3 Carrera Administrativa	10
1.4 Empleos de Libre Nombramiento y Remoción	11
2. Potestad que tiene el legislador de configurar empleos públicos de libre nombramiento y remoción	14
3. Metodología de la Ley 909 de 2004, para configurar los Empleos de Libre Nombramiento y Remoción	15
3.1 Empleos de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices	16
3.2 Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo	20
3.3 Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado	22
Conclusiones	25

Lista de Gráficas

Gráfica 1: Clasificación de los empleos públicos.....	8
--	---

Lista de Tablas

Tabla 1: Contexto del empleo público y de la carrera administrativa.....19

Tabla 2. Alcance de las funciones en empleo de libre nombramiento y remoción22

Introducción

Con la expedición de la Constitución Política de 1991 y posteriormente la ley 909 de 2004, surge en Colombia un ordenamiento jurídico que pretendió enmendar las fallas cometidas y los vacíos normativos de las anteriores regulaciones en materia de empleo público y carrera administrativa, además de definir reglas en relación con la denominada gerencia pública.

En la Norma de normas se estableció como excepción a la carrera administrativa los empleos de libre nombramiento y remoción, los cuales se caracterizan porque su provisión está bajo la disposición del nominador y porque son definidos por la ley, en razón de las funciones de dirección institucional que desarrollan, o porque exigen una especial confianza o se orientan a la administración de recursos públicos.

Dicha excepción fue desarrollada en el artículo 5º de la ley 909 de 2004, norma que -por contemplar una excepción constitucional relevante- se muestra carente de una técnica legislativa clara y precisa, en la medida en que utiliza conceptos jurídicos indeterminados, esto es, no define ni delimita el alcance exacto de los mismos.

Es por eso que surgen preguntas obvias que el legislador no resolvió en la redacción de la mencionada ley o en posteriores normatividades, tales como las siguientes: ¿Qué se entiende por especial confianza? ¿Qué implica la administración de bienes, dineros y valores del Estado? ¿Por qué utiliza indistintamente el legislador los términos de conducción, dirección y orientación?, entre otras.

En el transcurso del presente trabajo se procurará por darle un alcance a las metodologías, conceptos y criterios establecidos por el legislador en el artículo 5º de la ley 909 de 2004, iniciando con un referente teórico en el cual se dará un

breve desarrollo a la definición de empleo público, función pública y carrera administrativa, para posteriormente hacer referencia a la potestad del legislador de configurar empleos de libre nombramiento y remoción.

Y en la segunda sección se darán algunas pautas que contribuyan a esclarecer el alcance de los vagos conceptos utilizados por el legislador en el artículo 5º de la ley 909 de 2004.

1. Referentes Teóricos

1.1 Función Pública

En la constitución política se consagra un capítulo dedicado especialmente a “la función pública”, entre los artículos 122 al 131, en los cuales se consagran, a manera de marco general, todos los aspectos relacionados con la administración del personal que está al servicio del Estado.

La “función pública” es un concepto polisémico que puede entenderse en sentido amplio, como toda la actividad que se encuentra a cargo del Estado, pero también, cuanto trata de todas aquellas instituciones y reglas que regulan los asuntos concernientes a la gestión del personal estatal. Este concepto de origen francés entra a complementar el concepto más tradicional de “servicio civil”, de origen inglés, el cual sólo está referido a los funcionarios de la rama ejecutiva; en este sentido la constitución preserva la segunda acepción cuando se refiere a la Comisión Nacional de Servicio Civil (CNSC).

En conclusión, referenciando a (Gutiérrez, 2005), la administración pública, como función, indica gestión o ejercicio de una competencia que debe ser democrática, y como función pública en sentido general, ejercicio de una potestad soberana del Estado. Función pública en un sentido específico se entiende como la gestión o manejo del recurso humano al servicio del Estado.

1.2 Empleo Público

El empleo público es la herramienta jurídico-administrativa mediante la cual se cumple la función pública a cargo del Estado y se adaptan las diversas formas de vinculación laboral con el mismo al modelo de gestión del personal adoptado por Colombia, que tiene clara influencia continental o francesa y que aparece

ratificado por los artículos 122 al 125 de la Carta Política de Colombia (Vergara Mesa, 2012).

Este instrumento ha sido regulado desde hace ya varias décadas por el legislador colombiano, como aconteció con el decreto 1042 de 1978, artículo 2°, que establece que

Se entiende por empleo el conjunto de funciones, deberes y responsabilidades que han de ser atendidos por una persona natural, para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública. Los deberes, funciones y responsabilidades de los diferentes empleos son establecidos por la Constitución, la ley o el reglamento, o asignados por autoridad competente.

Definición que, en lo sustancial, se conservó en los decretos Ley 1569 y 2503 de 1998 y permanece aún bajo la vigencia de la ley 909 de 2004 en el artículo 5°, actual estatuto del empleo público en nuestro país, sólo con la introducción de algunos cambios notorios en lo referente al carácter no necesariamente permanente del empleo y a la visibilización del elemento competencia de quien lo ocupa.

Ahora bien, los empleos públicos se ordenan en una nomenclatura, fundamentada en la clasificación de los mismos de acuerdo con las funciones, los requisitos y la índole de la responsabilidad que les es propia, lo cual determina, entre otras cosas, las categorías salariales correspondientes. Esa nomenclatura de manera simple se describe en la gráfica 1:

Gráfica 1: Niveles Jerárquicos de los empleos públicos.



Fuente: Elaboración propia con apoyo del decreto 770 de 2005 y 785 de 2005.

El decreto Ley 1042 de 1978 en su artículo 3°, clasificaba los niveles del empleo público en directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, pero mediante decreto Ley 770 del 17 de marzo de 2005, se suprimió el nivel ejecutivo cuyas tareas, según (Gutiérrez, 2005), consistían en dirigir, coordinar y controlar las dependencias internas de los organismos que se encargan de ejecutar y desarrollar las políticas, planes y programas del nivel directivo.

De esta clasificación de los empleos, es importante resaltar aquellos niveles que recogen la mayoría de los empleos de libre nombramiento y remoción y que, por ende, son la excepción a la carrera, como luego se explicará.

En ese sentido, el **nivel directivo** (García Galindo & Bolívar Ramírez, 2010), comprende todos aquellos empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general de los organismos principales, consistentes en actividades de formulación de políticas, de adopción de planes y programas generales para ser ejecutados por dependencias subalternas; mientras que el **nivel asesor** involucra los empleos que tienen como función asistir, aconsejar y asesorar en forma directa a los funcionarios que dirigen los organismos principales de la administración pública, así como de los funcionarios que conforman los cuerpos asesores del alto gobierno.

En contraste con aquéllos, los restantes niveles se caracterizan por la índole técnica o ejecutiva de sus funciones. En efecto, los empleos de **nivel profesional** (Gutiérrez, 2005) demandan la aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional reconocida institucionalmente, diferente a la técnica profesional y tecnológica; es así como le corresponde funciones de coordinación, supervisión y control de las áreas internas encargadas de ejecutar planes, programas y proyectos institucionales. Entre tanto, los empleos del nivel técnico, exigen la aplicación de los procedimientos y recursos técnicos

indispensables para el ejercicio de una ciencia, técnica o arte, y los empleos de **nivel asistencial**, se dedican ante todo al ejercicio de actividades administrativas complementarias de las tareas propias de los niveles superiores, con predominio de actividades manuales o de simple ejecución.

De acuerdo con lo anterior, un análisis de los empleos de libre nombramiento y remoción, como el que compete al presente trabajo, deberá concentrar toda su atención en los empleos pertenecientes a los niveles directivos y asesor, sin descartar que en los restantes niveles puedan hallarse algunos empleos que puedan quedar cobijados con tal naturaleza, atendiendo a la metodología legislativa que se han venido estipulando en las normas de carrera de Colombia y que luego serán objeto de mayor reflexión.

1.3 Carrera Administrativa

El artículo 125 de la Carta Política de Colombia, determina que los empleos del Estado son por regla general de carrera, lo cual se confirma y desarrolla en normas legales pertinentes, como ocurre con el artículo 27 de la ley 909 de 2004, según el cual la carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público.

Este sistema ha tenido en nuestro país una larga historia legislativa, si se tiene en cuenta que viene siendo regulado desde el año 1938, pero ha tenido una eficacia relativa, llena de dificultades y de tropiezos que han generado en una verdadera contradicción con el mandato constitucional antes referido (Vergara Mesa, 2012)

La carrera administrativa también encuentra sustento en otros apartes de la Carta Política de Colombia, que tienen estrecha relación con el derecho del trabajo y con las garantías del trabajador. Sobre ese particular (Gutiérrez, 2005), dice que

cómo todos los derechos laborales son derechos humanos, y cómo la carrera administrativa encuentra fundamento constitucional en las diferentes normas que tutelan los derechos fundamentales al trabajo y a la dignidad humana, tales como los consagrados en los artículos 13 sobre igualdad de las personas, 15 sobre el habeas data, 17 sobre la prohibición de la esclavitud, 18 sobre la libertad de conciencia, 23 sobre el derecho de petición, 25 sobre el derecho al trabajo y 26 sobre la libertad de escoger profesión u oficio, etc.

1.4 Empleos de Libre Nombramiento y Remoción

El artículo 125 constitucional ya mencionado determina una regla general de la carrera en materia de empleos públicos y una excepción sólo en los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. En el mismo sentido el artículo 5º de la ley 909 de 2004 consagra que los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

- Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.
- Los de libre nombramiento y remoción

De las anteriores normas se desprende que la regla general, es que los empleos sean de carrera administrativa y la excepción que lo sean de libre nombramiento y remoción. Según (Rincón Córdoba, 2009), la existencia de cargos de libre nombramiento y remoción debe responder a criterios de taxatividad, especificidad, y funcionalidad. Excepcionar a un empleo público del régimen de carrera y de paso a su titular de la garantía de estabilidad debe obedecer a una necesidad real que se desprenda del catálogo de funciones del organismo correspondiente y, además, el empleo público ha de ser de aquellos a los que se confían funciones de carácter directivo que requieren una elevada confianza en virtud de las responsabilidades encomendadas; confianza no es la que se predica

de todos aquellos que desempeñan una función de connotación pública, sino de quienes toman las decisiones más relevantes dentro de la organización. Por tanto, estos cargos deben estar señalados en la ley de forma concreta y específica, y su ubicación funcional dentro de la correspondiente estructura administrativa debe arrojar la justificación de su existencia (el denominado principio de la razón suficiente).

Estos cargos, políticos por naturaleza (pues conllevan confianza, dirección y manejo), se han querido “*carrerizar*”, si cabe el término, so pretexto de garantizar una gerencia pública basada en los pilares de eficiencia, eficacia y probidad. De este modo los aspirantes a ocupar ciertos empleos directivos deben competir con otras personas presentando exámenes, entrevistas y otro tipo de pruebas que determinan sus conocimientos, aptitudes y competencias para ocupar el cargo (Benítez, 2006).

En contraprestación al criterio clientelista tradicional, la distinción se explica por la naturaleza de las funciones políticas de Gobierno o de poder y de confianza especialísima en los altos cargos del Estado, que es lo característico de la categoría laboral de los funcionarios y por ello su manejo político, discrecional o de conveniencia política, y por el contrario, funciones técnicas, administrativas, de ejecución, en los empleos comunes de la administración, propio de los empleados públicos o administrativos regulados entonces por el sistema técnico de carrera administrativas (Villegas Arbeláez, 2010).

En este grupo de empleos se encuentran los servidores públicos que integran la segunda clasificación mencionada; sus funciones también de origen constitucional y legal conllevan la toma de decisiones a nivel directivo o de contenido político, su ubicación institucional aparece a lo largo y ancho de la rama ejecutiva del poder público, tanto en el sector central como descentralizado del nivel nacional. En idéntica forma, en la estructura de las entidades territoriales, y en las demás entidades que conforman el poder público (Quintero González & Cardona García, 2008).

Para (Garrido, 2005), estos empleos son desempeñados por personas naturales que no se encuentran sometidas a la selección de méritos. El nominador los designa mediante nombramiento ordinario, según su saber y entender, las necesidades del servicio y la idoneidad de las personas siempre que reúnan las exigencias generales y las calidades especiales para el ejercicio de los cargos.

En los empleos de libre nombramiento y remoción se pueden encontrar diversos niveles jerárquicos, con el fin de fijar pautas en relación con el tipo de remuneración y las tareas según el cargo que corresponda, así como también para cumplir con el principio de derecho laboral, según el cual a empleo igual salario igual.

En sentencia C-824 de 2013, la Corte Constitucional, hizo alusión a los empleos de libre nombramiento y remoción, del siguiente modo:

Al mismo tiempo, el propio constituyente dispuso, en el citado artículo 125, que pueden presentarse excepciones a la regla general de la carrera, en cuatro supuestos: a) los empleos de elección popular; b) los de libre nombramiento y remoción; c) los trabajadores oficiales; y d) los demás que determine la ley. Reiteró que la competencia para definir los cargos de esta categoría no supone una facultad absoluta que pueda terminar desvirtuando la regla general de la carrera administrativa, hasta el punto de convertirla en la excepción. La jurisprudencia constitucional ha establecido que son dos condiciones alternativas las que habilitan a clasificar por excepción, un determinado cargo como de libre nombramiento y remoción: (i) que el cargo tenga asignadas funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se definan o adopten políticas públicas; o (ii) que el cargo tenga asignadas funciones y responsabilidades que exijan un nivel especial y cualificado de confianza, adicional al que se le puede exigir a todo servidor público. En cada caso en particular, el cargo público ha de ser exceptuado de la carrera administrativa en forma específica y concreta por el legislador; no han sido admitidas por la Corte disposiciones generales aplicables en abstracto a varios cargos públicos, sino que ha exigido que tales excepciones a la carrera administrativa sean específicas, concretas y unívocas. (Sentencia C-195/94).

2. Potestad que tiene el legislador de configurar empleos públicos de libre nombramiento y remoción

La Corte Constitucional, en sentencia C-553 de 2010, indicó que:

La potestad que tiene el legislador para definir cargos de libre nombramiento está limitada desde dos perspectivas. La primera, relativa a que el ejercicio de la citada facultad es excepcional, por lo que solo podrá ser utilizada para determinados cargos específicos, sin que pueda convertirse en la regla general o en sucedáneo de la aplicación del régimen ordinario de carrera administrativa. La segunda, consiste en reafirmar que la definición de cargos de libre nombramiento y remoción debe responder a un criterio de razón suficiente, que para el caso objeto de análisis tiene carácter calificado, pues debe referirse a la naturaleza de las funciones del empleo o al grado de confianza que deba depositarse en el servidor público que lo ejerce. En términos de la jurisprudencia constitucional, "(...) 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 sometido a su permanente vigilancia y evaluación.

A pesar de lo anterior y por tratarse de los empleos de libre nombramiento y remoción como una excepción, según la cual ellos deben ser fijados por el legislador de forma clara y precisa, el Congreso, al expedir el artículo 5° de la ley 909 de 2004, utiliza la técnica del concepto jurídico indeterminado, donde, como la ha expresado la doctrina, la ley refiere a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una

cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto admite ser precisado al momento de aplicación (García de Enterría & Fernández, 2008).

En este caso, como en buena parte de las normas legales que se refieren a la administración pública en general y a la carrera administrativa en particular, se expiden regulaciones vagas, generales, a veces inconsistentes, que impiden la certidumbre de garantías institucionales como la carrera, de la cual depende la protección de derechos fundamentales, como la igualdad de oportunidades, el acceso a los cargos públicos, el debido proceso, entre otros; práctica que obedece en muchos casos a la falta de interés político con referencia al adecuado funcionamiento de la carrera, así como también a la adopción de modelos conceptuales o teóricos de diversas disciplinas que son introducidas por moda, sin un conocimiento profundo de los mismos o de manera tímida y fragmentada. Y nunca funcionaron como tales porque las normas, aparte de hacer un enunciado simplista y generalizado del enfoque, se implementaron en un maremágnum de contradicciones y ante el desconocimiento rotundo de la mayoría de funcionarios respecto al enfoque utilizado (Rincón Pachón, 2006)..

3. Metodología de la Ley 909 de 2004, para configurar los Empleos de Libre Nombramiento y Remoción

El legislador colombiano, en la ley 909 de 2004, utiliza una metodología compleja, estructurada a partir de varios criterios –muchos de ellos apelando a conceptos jurídicos indeterminados, como ya se anotó- para catalogar algunos empleos como de libre nombramiento y remoción, atendiendo fundamentalmente a la naturaleza de sus funciones o a la labor o actividad desempeñada. Seguidamente se dará cuenta de cada una de estos para hacer el análisis correspondiente y establecer el alcance de los conceptos utilizados por el legislador para catalogar un empleo con la naturaleza de libre nombramiento y remoción.

En los términos de la legislación vigente, los empleos que responden a tal naturaleza son los siguientes:

- Los de dirección, conducción y orientación institucional.
- Los empleos de cualquier orden jerárquico que impliquen confianza o funciones de asesoría, asistencia o apoyo.
- Los de administración y manejo de bienes.

3.1 Empleos de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices

A este criterio, el legislador suma un catálogo amplio de empleos que tendrían tal connotación. Según (Losada i Marrodan, 1999), tradicionalmente se ha entendido por dirigir un conjunto de funciones directamente relacionadas con el ciclo de gestión, esto es con:

- Planificar, programar, prever, organizar
- Ejecutar, mandar, coordinar
- Controlar y evaluar

Para (Sánchez Morón, 2008), el directivo público es un profesional que ejerce fundamentalmente funciones de ejecución superior de los programas y políticas públicas, desplegando competencias propias o delegadas de organización, adopción de decisiones relevantes, dirección de personal y gestión presupuestaria.

No existe una definición exacta de directivo; más bien todas las definiciones son generales e inexactas con el fin de abarcar todos los roles y funciones que le son asignadas por el nominador. No obstante, dos han sido las opciones por las que se ha decantado la doctrina para dicho efecto, a saber: a) las que responden a un criterio orgánico, y b) las que responden a un criterio funcional. De los anteriores se derivan a su vez dos clases de concepciones básicas del personal directivo: la orgánica y la funcional.

En ese sentido, las concepciones orgánicas son aquellas que hacen hincapié en la vertiente organizativa de la relación directiva, de suerte que será directivo público o personal directivo, sencillamente, el titular de los puestos que revistan dicha naturaleza de acuerdo con las normas de gobierno y las organizaciones respectivas. Por el contrario, en las concepciones funcionales se define el directivo público en razón de la componente de servicio de la relación directiva, de donde se deriva que será personal directivo, no ya el titular de una unidad directiva, sino cualquier empleado al servicio de la Administración que desempeñe tareas que tengan tal carácter. (Maeso Seco, 2007)

En Colombia, la gerencia pública, como agrupación que recoge gran parte de estos cargos, consiste en una serie de empleos que conllevan la responsabilidad directiva; es decir, son los cargos del nivel directivo a excepción de los que nombra directamente el Presidente de la república o los que al nivel territorial nombra directamente el gobernador o el alcalde. Los cargos de gerencia pública siguen siendo de libre nombramiento y remoción, pero los nominadores deberán sujetarse en su discrecionalidad a las limitaciones de la ley. La provisión de estos empleos tendrán en cuenta los criterios de mérito, capacidad y experiencia. (Benítez, 2006).

Bajo esta perspectiva, la responsabilidad de los servidores públicos que desempeñan cargos directivos en las organizaciones gubernamentales implica la obligación de conocer y aplicar los modelos de gerencia más avanzados, que les permitan optimizar el uso de los recursos puestos bajo su responsabilidad, con el fin de cubrir integralmente las demandas de la población. (García Galindo & Bolívar Ramírez, 2010)

Para el orden nacional y territorial, conforme a los Decretos 770 y 785 de 2005, el nivel directivo comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general de los organismos principales de la rama ejecutiva del poder público, de formulación de políticas y de adopción de planes y programas para su ejecución. Es así como el Consejo de Estado, Sala de lo

Contencioso Administrativo, Sección Primera, mediante sentencia del 13 de mayo de 2005 radicado 1999-00382-01, estableció que atendiendo el uso natural del vocablo dirección en lo que a las actividades humanas se refiere, significa acción o efecto de dirigir, y ésta, en lo pertinente al punto, a su vez significa gobernar, regir, dar reglas para el manejo de una dependencia, empresa o pretensión, así como orientar, guiar, aconsejar a quien realiza un trabajo. De modo que las actividades de dirección se presentan cuando implican la facultad de dar órdenes, impartir instrucciones para el manejo de una dependencia en la empresa de que se trate.

En realidad, directivos públicos existen en todas las administraciones, si se da a ese concepto un significado formal o puramente organizativo. Directivo público es, desde esta perspectiva, todo aquel que dirige la administración o los servicios bajo las instrucciones políticas de los órganos de gobierno. Pero existe también otra acepción menos formal y más sustantiva del término, la cual apunta a los requisitos subjetivos que quien desempeña tales cargos o funciones debería reunir. En este sentido, como se señaló en el Informe de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del EBEP en España, directivo público es “la persona que posee la capacidad de liderazgo, la formación específica y las habilidades necesarias para hacer funcionar, bajo las instrucciones del Gobierno correspondiente, la compleja maquinaria administrativa”. (Sánchez Morón, Los directivos publicos analisis comparado, 2009)

Los directivos son los encargados de transformar en proyectos concretos (y gestionarlos) los programas electorales y los objetivos de los políticos. Esta interrelación lleva a un ciclo continuado de interacción en el que los directivos desempeñan sus funciones como interfaz entre los representantes políticos y los aparatos burocráticos de las organizaciones.

Sin embargo Losada, en un estudio publicado en 2001, plantea algunos roles y competencias directivas que en el ámbito de lo público toman un relieve significativo. De esta manera, considera que el rol de resolución de conflictos y asignador de recursos tiene especial intensidad en el ámbito público dada la

singularidad de su gestión. Igualmente considera que los roles de control son especialmente intensos en el directivo público. El rol de enlace presenta también un especial requerimiento como consecuencia de la naturaleza interorganizativa de los problemas públicos. También el rol de conceptualización y diseño tiene singular importancia en el perfil del directivo público por la multiplicidad de actores implicados en el proceso de decisión, la visibilidad pública y la naturaleza de la gestión pública. Por último, la sensibilidad por la globalidad y el largo plazo constituye otra de las características del perfil directivo público. (Catalá Polo, 2006).

Para (Lavanderos, 2006), el directivo público debe emprender la conducción de las instituciones hacia estos objetivos de eficiencia, participación y transparencia. Esto solo será posible a partir del desarrollo de habilidades que le permitan desempeñarse de manera efectiva en tres dimensiones:

- La gestión interna que se enfrenta a un importante desafío ante el contexto de cambio necesario para el desarrollo de la organización.
- La capacidad de identificar, conocer y hacerse cargo de las necesidades e intereses de los ciudadanos/clientes.
- La facultad de conocer, comprender y asumir su rol en el contexto definido por sus autoridades y sus partes.

Por último, es importante resaltar que el literal a) del artículo 5° de la ley 909 de 2004 utiliza indistintamente tres acciones que en el contexto del empleo público y de la carrera administrativa suelen tener similar significado. Las mismas se describen en la tabla 1:

Tabla 1. Definiciones conceptuales en los empleos de libre nombramiento y remoción

Dirección	Conducción	Orientación
• Enderezar, llevar	• Guiar o dirigir hacia un	• Dirigir o encaminar a

<p>rectamente algo hacia un término o lugar señalado.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Guiar, mostrando o dando las señas de un camino. • Encaminar la intención y las operaciones a determinado fin. • Orientar, guiar, aconsejar a quien realiza un trabajo. 	<p>lugar.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Guiar o dirigir a un objetivo o a una situación. • Guiar o dirigir un negocio o la actuación de una colectividad. 	<p>alguien o algo hacia un lugar determinado.</p>
---	--	---

Fuente: Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

3.2 Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo

Según el diccionario de la Real Academia Española, confianza significa: 1. Esperanza firme que se tiene de alguien o algo. 2. f. Seguridad que alguien tiene en sí mismo. Para el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su Sección Primera, en sentencia del 13 de mayo de 2005 radicado 1999-00382-01, la expresión “de confianza”, entre una de las acepciones, se refiere a la persona en quien se puede confiar, y a su turno, confiar, en lo que aquí interesa, connota “Depositar en alguien, sin más seguridad que la buena fe y la opinión que de él se tiene, la hacienda, el secreto, o cualquier otra cosa”; por lo tanto, los empleos de confianza suponen el depósito de bienes de especial cuidado, como son los que conforman la hacienda pública, o el manejo de cosas o información sujetos a reserva.

Pero la confianza a la que hace alusión este numeral, no es cualquier confianza, no se trata de la confianza inherente al cumplimiento de toda función

pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera, pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requiere cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata. (Villegas Arbeláez, 2010).

Lo señalado hasta aquí apunta a un fortalecimiento de las relaciones de confianza entre los administrados y los administradores, pero también y, fundamentalmente, entre las diversas instancias de cada organización. Es decir, el jefe que deposita su confianza en los servidores, los servidores que confían en el jefe, las dependencias que confían en los resultados de las demás, las empresas que confían unas en otras, (Romero, 2006).

El Consejo de Estado, en sentencia con radicado 6565 del 26 de octubre de 1994, ha dicho que todo empleo de la administración pública demanda para su ejercicio algún grado de confianza, independientemente de que sea o no desempeñado por un empleado público o por un trabajador oficial, pues al atribuir a alguien la ejecución de una actividad por modesta que ella sea, dado que el éxito de la gestión administrativa depende del esfuerzo mancomunado de la totalidad de quienes conforman la respectiva institución, implica otorgar a quien la ejecuta un cierto grado de credibilidad en su eficiencia y responsabilidad para el desempeño de la misma. Más, esta clase de confianza no es la que, en términos del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, permite sustraer de la clasificación general de trabajadores oficiales a algunos servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado, para otorgarles el rango de empleados públicos, sino aquella particular que se requiere en los servidores que actúan en función no simplemente ejecutiva, sino de conexión, coordinación de políticas empresariales, que ostentan facultades jerárquicas usualmente superiores a las del trabajador ordinario y que muchas veces los colocan en posibilidad de recibir delegación de quienes representan la dirección de las empresas.

Así mismo el Consejo de Estado, mediante sentencia del 28 de septiembre de 1995, con radicado 8464, ha indicado que algunas normas han pretendido estimar como de dirección y confianza varios cargos que no tienen esa calidad, puesto que es obvio que dentro de la administración todo empleo requiere para su ejercicio algún grado de confianza, independientemente de que sea desempeñado por un trabajador oficial o un empleado público, y esto no lo califica como empleado de dirección o confianza, sino la particularidad de actuar en función creativa, con coordinación de las políticas empresariales y con determinadas facultades jerárquicas, que generalmente lo colocan en condiciones de superioridad respecto del trabajador ordinario.

Es necesario precisar también que, además de la especial confianza, para la norma en comento (Ley 909 de 2004), un empleo de libre nombramiento y remoción requiere cumplir las funciones que se describen en la tabla 2, en la cual se intenta definir su alcance:

Tabla 2. Alcance de las funciones en empleo de libre nombramiento y remoción

Asesoría institucional	Asistenciales	Apoyo
<ul style="list-style-type: none"> • Dar consejo o dictamen. • Tomar consejo del letrado asesor, o consultar su dictamen. • Dicho de una persona: Tomar consejo de otra, o ilustrarse con su parecer. 	<ul style="list-style-type: none"> • Acompañar a alguien en un acto público. • Servir o atender a alguien, especialmente de un modo eventual o desempeñando tareas específicas. • Servir interinamente. 	<ul style="list-style-type: none"> • Hacer que algo descansa sobre otra cosa. • Basar, fundar. • Favorecer, patrocinar, ayudar. • Confirmar, probar, sostener alguna opinión o doctrina.

Fuente: Diccionario de la real academia de la lengua española

3.3 Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado

En lo que concierne a los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado, es importante hacer notar la complejidad que revisten las conductas que se relacionan con este criterio, al punto de que existe siempre el riesgo de que cualquier servidor público pueda incurrir en ellas, y por esa razón dar justificación suficiente para que su empleo sea clasificado como de libre nombramiento y remoción. Pero esa, por supuesto, no puede ser la connotación de una disposición que consagra una excepción a la regla establecida por la Constitución.

Este criterio sin duda alude al deber de protección especial sobre los bienes o caudales públicos, poseyendo sobre ellos el servidor una relación relevante de custodia o administración, y no un mero vínculo material. En general, se diría que apunta fundamentalmente a la autoridad perteneciente a los círculos superiores de la administración.

Para tratar de iluminar las oscuras fronteras entre la mera gestión administrativa y la fiscal en la administración y manejo de los recursos públicos, es importante crear una conexión conceptual entre la misma y la llamada gestión fiscal, referente esencial para derivar la denominada responsabilidad fiscal que determinan las contralorías, pues no de otro modo pueden llenarse de contenido, conceptos tan genéricos que, se repite, configuran una excepción a un principio constitucional. Siendo así, es importante señalar que la jurisprudencia constitucional ha enseñado que “la responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir que tengan poder decisorio sobre bienes o fondos del estado puestos a su disposición” (Corte Constitucional, Sentencia C-840 agosto 29/01, magistrado ponente Jaime Araujo Rentería)

El Consejo de Estado, en su Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto con radicado No. 973 del 31 de julio de 1997, ha dicho al respecto que el artículo 267 de la Constitución Política, establece que el control fiscal es una

función pública por medio de la cual se vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, en forma selectiva y posterior según los sistemas y principios que establece la ley, los cuales pueden autorizar en casos especiales que dicha vigilancia se realice por empresas privadas colombianas previo concepto del Consejo de Estado. La ley 42 de 1993 define la gestión fiscal y señala que su propósito está dirigido a establecer que el manejo de los recursos y los bienes de la Nación se efectúe tanto por las entidades que conforman la administración pública como los particulares que lleguen a tener a su cargo en la forma más conveniente para la obtención de los mejores resultados. "Gestión" significa acción de administrar, es hacer diligencias conducentes al logro de objetivos o actividades concretas. En general el fisco o erario está integrado por los bienes o fondos públicos; el concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición. (C - 529 de 1993).

En el mismo sentido dispone el artículo 3° de la ley 610 de 2000, el cual establece que se entiende por gestión fiscal

El conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

Conclusiones

El legislador, con la expedición de la ley 909 de 2004 especialmente en su artículo 5°, reguló los criterios para determinar un empleo público como de libre nombramiento y remoción, criterios que carecen de exactitud y determinación jurídica, por lo que su aplicación es confusa para el operador jurídico y para la administración, a pesar de tratarse de una excepción a la regla general de la carrera administrativa, imprecisión que en la mayoría de las situaciones hace necesario recurrir a conceptos similares o a definiciones que se encuentran por fuera del contexto jurídico.

Cuando el Poder Legislativo procedió a redactar los criterios para determinar los empleos de libre nombramiento y remoción, utilizó el procedimiento de describir hechos y realidades, procurando prever hechos y circunstancias que de antemano no pueden ser plenamente precisos o que están dotados de una cierta indeterminación. Consecuencia de esto es que se incorporan una serie de conceptos jurídicos indeterminados que ponen en duda la taxatividad y especificidad que exige la Constitución en su artículo 125 en materia de excepciones al principio general de la carrera.

Con la utilización de estos conceptos jurídicos indeterminados, resultarían plausibles varias formas de interpretación, lo cual implica para la administración, a través de las autoridades competentes, el deber de realizar juicios valorativos fundamentados estrictamente en los criterios de racionalidad y razonabilidad.

Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades o que corresponden a la administración y el

manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado, entendiendo que en este caso se trata de empleos que tienen una clara participación en la gestión fiscal de los recursos públicos.

El concepto de especial confianza al que hace referencia la ley 909 de 2004, no hace alusión a la confianza depositada por la entidad estatal en el empleado para el ejercicio de su función pública; por el contrario, es una confianza de real importancia en virtud de los asuntos encomendados por la administración a sus servidores que son de vital importancia para el normal funcionamiento de la entidad, es decir, la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requiere cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata.

En definitiva, el legislador en el caso analizado, utiliza conceptos que permiten la libre imaginación del intérprete, no deja claras las intenciones de la ley, maneja conceptos amplios que generan una ambigüedad inadmisibles para las excepciones en este ámbito, porque el mandato constitucional referente a los empleos de libre nombramiento y remoción es claro en el sentido de que no sólo deben ser definidos por el legislador, sino también determinados en forma concreta y con un fundamento material contundente para ser apartados del régimen de la carrera.

REFERENCIAS

Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política de Colombia.

Catalá Polo, R. (2006). Directivos Públicos. Función Directiva. Bogotá: Instituto de Estudios Fiscales.

Catalá Polo, R. (2006). (Citando a Losada, p. 214) Directivos Públicos. Función Directiva. Bogotá: Instituto de Estudios Fiscales.

Congreso de Colombia (2004). Ley 909 del 23 de septiembre de 2004.

Corte Constitucional (2013). Bogotá. Sentencia C-084. Magistrado ponente: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. (1994). Bogotá. Sentencia C-195. Magistrado ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional (2010). Bogotá. Sentencia C-553. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional (2001). Bogotá. Sentencia C-840. Magistrado ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional (1993). Bogotá. Sentencia C – 529. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Consejo de Estado (2005). Bogotá. Sentencia, Radicación número: 25000-23-24-000-1999-00382-01. Consejero ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

Consejo de Estado (1994). Bogotá. Sentencia, Radicación número: 6565. Consejero ponente: Diego Younes Moreno.

Consejo de Estado (1995). Bogotá. Sentencia, Radicación número: 8464. Consejero ponente: Carlos Arturo Orjuela Góngora.

El Congreso de Colombia (2000). Ley 610 del 25 de agosto de 2000.

El Congreso de Colombia (1993). Ley 42 del 26 de enero de 1993.

García Galindo, G. y Bolívar Ramírez, J. E. (2010). Fundamentos de Gestión Pública: Hacia un Estado Eficiente. Bogotá: EAN.

García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2008). Curso de Derechos Administrativo: Tomo I. Bogotá: Temis: Palestra.

Jiménez Benítez, W. (2006). Reforma del Estado y Carrera Administrativa en Colombia, Frustraciones, Razones y Oportunidades. Medellín: *Escuela Superior de Administración Pública*.

Lavanderos, R. (2006). Análisis y Propuesta de Perfil del Directivo Público Chileno. *Revista Centroamericana de Administración*.

Losada i Marrodan, C. (Editor), (1999). ¿De Burócratas a Gerentes? Las Ciencias de la Gestión aplicadas a la Administración del Estado. Washington D. C.: Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado el 3 de febrero de 2014; hora: 11:10 a.m.
http://books.google.com.co/books?id=HtCP82EQsE4C&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

Maeso Seco, L. F. (2007). El personal directivo: comentarios en torno al art. 13 de la Ley 7 de 2007 de 12 abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. España: Gráficas Muriel.

Obando Garrido, J. M. (2005). Tratado de Derecho Administrativo Laboral. Bogotá: Doctrina y Ley.

Parra Gutiérrez, R. (2005). Empleo Público, Gerencia Pública y Carrera Administrativa. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Presidente de la República de Colombia (1978). Decreto 1042 de junio 7 de 1978.

Presidente de la República de Colombia (1998). Decreto 1569 de agosto 5 de 1998.

Presidente de la República de Colombia (1998). Decreto 2503 de diciembre 10 de 1998.

Presidente de la República de Colombia (2005) Decreto 770 de marzo 17 de 2005.

Presidente de la República de Colombia (1968). Decreto 3135 del 26 de diciembre de 1968

Presidente de la República de Colombia (2005). Decreto 785 de marzo 17 de 2005.

Quintero González, L. y Cardona García, G. (2008). El Empleo en la Función Pública. Pereira – Colombia: Universidad Libre de Colombia.

Rincón Pachón, J. E. (2006). La Nueva Ley de Carrera y las Competencias Laborales. *Polémica*, Bogotá, no. 5.

Rincón Córdoba, J. I. (2009). Derecho administrativo laboral. Empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral. Medellín, Colombia: Editorial: U. Externado de Colombia. Recuperado el 3 de febrero de 2014; hora: 11:00 a.m. <http://www.libreriadelaU.com/derecho-administrativo-laboral-empleo-publico-sistema-de-carrera-administrativa-y-derecho-a-la-estabilidad-laboral-derecho-laboral-y-seguridad-social.html#.Uu5qzz15OHw>

Sánchez Morón, M. (2007). Comentarios a la Ley del Estado Básico del Empleo Público. España: LEXIS NOVA. Recuperado el 3 de febrero de 2014; hora: 11:20 a.m.
<http://books.google.com.co/books?id=P8InKb44Hg0C&printsec=frontcover&dq=Comentarios+a+la+ley+dle+estatuto+basico+del+empleado+publico&hl=es&sa=X&ei=m3DuUqKTHIbZkQe8vIH4DA&ved=0CC4Q6AEwAA#v=onepage&q=Comentarios%20a%20la%20ley%20dle%20estatuto%20basico%20del%20empleado%20publico&f=false>

Urrea Romero, O. (2006). La Confianza y el Autocontrol como Bienes Fundamentales para la mejora del control de la Gestión Pública Colombiana. *Polémica*, Bogotá, no. 5.

Villegas Arbeláez, J. y Espinoza Martínez, C. S. (2010). Derecho Administrativo Laboral: Tomo I: Principios, Estructuras y Relaciones Individuales. Bogotá: Legis.