

**CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISCRECIONALIDAD EN LAS DECLARACIONES
DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y
REMOCIÓN**

Vanessa Sáenz Quintero

Universidad Militar Nueva Granada

Maestría en Derecho Administrativo

2017

Tabla de contenido

Introducción	1
Marco de la Investigación	4
Hipótesis.....	4
Estrategia Metodológica.....	5
Planteamiento del Problema.....	7
Capítulo 1	9
1. Antecedentes: Mirada Histórica, Doctrinal y Jurisprudencial	9
1.1 Con relación a la Discrecionalidad Administrativa	9
1.2 Sobre los Empleados de Libre Nombramiento y Remoción	14
1.3 Declaración de insubsistencia	17
Capítulo 2.....	21
2. Aproximación Teórica.....	21
2.1 Evolución Teórica con Relación a la Discrecionalidad Administrativa	21
Capítulo 3.....	29
3. Una confrontación entre la Teoría del Estado Social de Derecho y la Teoría de la Discrecionalidad Administrativa respecto a la Declaración de Insubsistencia no Motivada en Empleados de Libre Nombramiento y Remoción.....	29
3.1. La teoría del estado social de derecho respecto a la administración pública y la teoría de la discrecionalidad:.....	29

3.2 La teoría de la Discrecionalidad en la Insubsistencia dentro del Ordenamiento Jurídico Colombiano.....	34
3.3. Confrontación entre la teoría del Estado Social de Derecho y la teoría de la discrecionalidad administrativa respecto a la declaración de insubsistencia no motivada en empleados de libre nombramiento y remoción.	43
Conclusiones	54
BIBLIOGRAFÍA.....	58

Introducción

El presente trabajo de investigación tiene como fin ahondar en la discrecionalidad administrativa, entendida como una institución jurídica creada a partir de la Revolución Francesa, pero cuyo debate en torno a la posibilidad de aplicación en la declaración de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción resulta relevante debido a la naturaleza misma del caso concreto: 1. El hecho que no todos los empleados vinculados bajo dicha figura, la cual a la luz de la Constitución Política de Colombia artículo 165 es de carácter excepcional; y 2. Dado que el tema concreto tiene que ver con la satisfacción del derecho al trabajo, luego la toma de decisiones no motivadas, con motivación parcial o con motivación basada en aspectos formales y no de fondo va en contravía de lo propuesto por el constituyente primario al redactar la Constitución Política de 1991.

En el tema que convoca, ha de mencionarse que instituciones como la Universidad Militar Nueva Granada, Universidad Santo Tomas de Colombia, Universidad del Externado de Colombia, Universidad de los Andes, Universidad Javeriana y Universidad Nacional, han trabajado el tema, sin embargo, este ha sido abordado a partir de procesos relacionados con el nombramiento, análisis a la normatividad, régimen disciplinario, determinación del control para decisiones de tipo discrecional, entre otros, por lo que el desarrollo que se ha venido realizando corresponde en mayor medida a la Corte Constitucional, sin desconocer que los trabajos realizados por las universidades permiten contribuir al entendido y ubicación de las categorías conceptuales.

Con lo anterior, ha de mencionarse que este trabajo se justifica en el marco de una Maestría de Derecho Público a propósito de las implicaciones jurídicas y sociales que trae consigo una práctica jurídica evidente dentro del quehacer profesional al interior de la

administración pública, teniendo claro que el trabajo académico que debe resultar a propósito de dichos estudios de posgrado, deben tener como fin el contribuir a una discusión, analizar de forma crítica un fenómeno, otorgar cierto avance a nivel doctrinal, basado en el análisis de la jurisprudencia y la ley y/o a partir de ello, generar propuestas que permitan efectuar un proceso de materialización del conocimiento dentro del ejercicio práctico del derecho.

Para lo anterior, el presente trabajo se dividirá en tres capítulos, en el primero de ellos se abordará los antecedentes de las categorías conceptuales discrecionalidad administrativa, empleados de libre nombramiento y remoción y declaración de insubsistencia, el cual se agotará a partir de la apuesta por una trabajo que incluya elementos históricos y evolutivos, a nivel global, al interior de la teoría del derecho pero haciendo énfasis especial en el contexto colombiano; posteriormente, en el segundo capítulo se expondrán, brevemente, algunas teorías propuestas para las mismas categorías conceptuales estudiadas en los antecedentes, con el fin de enfocar el trabajo en la postura adoptada por el Estado colombiano; para finalmente, generar un análisis documental a fin de construir un análisis crítico, objetivo y ajustado a la teoría del Estado Social de Derecho, con el ánimo de determinar la constitucionalidad de los actos administrativos sin motivación, en tratándose de la remoción de empleados de libre nombramiento, a partir de la justificación en la teoría de la discrecionalidad administrativa, por lo que el problema de investigación que pretende ser resuelto es: ¿A la luz del Estado Social de Derecho, es constitucional la discrecionalidad en las declaraciones de insubsistencia de empleados de libre nombramiento y remoción?

El objetivo general del trabajo investigativo consiste en determinar si es constitucional la discrecionalidad en las declaraciones de insubsistencia de empleados de libre nombramiento y remoción a partir de la teoría del Estado Social de Derecho; y los objetivos específicos son: 1.

Analizar la doctrina y ley relacionada con la posibilidad de tomar decisiones discrecionales en el campo del derecho administrativo; 2. Identificar la naturaleza de los empleados de libre nombramiento y remoción así como de la declaración de insubsistencia, a través de un análisis jurisprudencial; Y 3. Yuxtaponer la teoría de la discrecionalidad administrativa con relación a la declaración discrecional de insubsistencia.

De otro lado, la metodología implementada dentro del desarrollo de este trabajo fue cualitativa, teniendo presente que se trata de dar solución a un problema de tipo jurídico, el cual consiste en el análisis a la aplicación de la discrecionalidad administrativa a la hora de remover un empleado de libre nombramiento, con la idea de determinar si es constitucional o inconstitucional (Bonilla Castro & Rodríguez Sehk, 2005); teniendo presente, de cualquier modo, que el deber ser del derecho reposa en la idea de regular las relaciones humanas y que este hecho lo ubica dentro de las ciencias sociales.

Aunado a lo anterior, esta investigación es mixta, inductiva-deductiva, ya que mediante el uso de la técnica de recolección de información, mediante la cual se entiende que cualquier documento puede ser objeto de análisis a propósito de la elaboración de un trabajo de investigación (Valles, 1999), la idea es determinar la constitucionalidad de una práctica jurídica concreta, teniendo como base el estudio de las categorías conceptuales mencionadas desde una perspectiva doctrinal, jurisprudencial y normativa, lograr dar una respuesta al problema que aqueja a la comunidad en general.

Marco de la Investigación

Hipótesis

La discrecionalidad administrativa ha sido una institución jurídica presente en la historia del derecho, sobre todo del derecho administrativo a partir de la Revolución Francesa, justificando dicha facultad por parte de las autoridades administrativas a la hora de ofrecer mayores garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos, sin embargo dicha postura no puede ser de aplicación generalizada, menos cuando a través de ella se justifican acciones que pueden desencadenar en la vulneración de derechos como lo es el derecho al trabajo, así como los derechos conexos que de él se derivan.

Así las cosas, puede decirse que dicha figura no puede ser objeto de justificación en tratándose de la declaración de insubsistencia de empleados de libre nombramiento y remoción, pues aun cuando la postura de la Corte Constitucional se encuentra dividida, lo cierto es que la no motivación de los actos administrativos que declaran la insubsistencia o los que se encuentran motivados de manera parcial, atendiendo a asuntos de carácter superficial o bajo el supuesto de la falsa motivación atentan contra el ordenamiento jurídico colombiano dado que de un análisis sistemático a la Constitución, a la ley y a los aportes a partir de la Teoría del Estado Social de Derecho, se puede colegir su inconstitucionalidad máxime cuando los empleados que son nombrados mediante dicha forma de vinculación no son en su totalidad de confianza y manejo, aspecto que permite dilucidar otro problema de tipo jurídico debido a la forma en la que ha venido siendo aplicada la legislación en cuanto a la función pública en Colombia.

Estrategia Metodológica

El presente trabajo de investigación fue abordado a partir de la metodología cualitativa, en la medida que se parte de un problema jurídico consistente en la discrepancia jurisprudencial con relación a la aplicación de una institución jurídica en un caso concreto (Bonilla Castro & Rodríguez Sehk, 2005), a lo que se suma que el derecho es el encargado de regular las relaciones sociales y que dicha connotación es fundamental a la hora de su clasificación al interior de la ciencias sociales. Así, se puede colegir que la idea del trabajo es analizar una realidad social que tiene implicaciones dentro del mundo jurídico.

Aunado a lo anterior ha de decirse que esta es una investigación de corte jurídico pero con implicaciones sociales, dado que aun cuando se centra en la implementación o no de la discrecionalidad administrativa en la declaración de insubsistencia de empleados de libre nombramiento y remoción, lo cierto es que dicho acto jurídico trae consigo vulneraciones directas al derecho al trabajo, teniendo claro que a través de dicho derecho se pueden satisfacer otros derechos para sí y para el núcleo familiar, tales como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda. Entonces, también puede decirse que con base en los planteamientos de Hernández Sampieri y otros, (2006), esta investigación es de tipo deductivo ya que se parte de los postulados teóricos, doctrinales y jurisprudenciales que rigen la aplicación de la discrecionalidad administrativa, la función pública con énfasis en la contratación de empleados de libre nombramiento y la declaración de insubsistencia, para a partir de ello efectuar un análisis con fundamento en la Teoría del Estado Social de Derecho y definir su constitucionalidad.

La técnica utilizada fue la de recolección de información, mediante la cual se acudió a fuentes primarias dentro de las que se pueden encontrar las leyes, los trabajos realizados por expertos en el tema dentro del que se destacan libros, capítulos de libro, artículos de revistas

jurídicas con carácter nacional e internacional, para a partir de ello efectuar un análisis de tipo documental, de la misma forma en la que lo expone Miguel Valles, con la idea de obtener información confiable y veraz, entendiendo el documento, en este caso, como aquel texto escrito que contiene información relevante para el proyecto de investigación (Valles, 1999).

En ese mismo sentido, debe mencionarse que el carácter crítico y propositivo fue indispensable a la hora de efectuar el análisis de la información, entendiendo que este es un tema bastante debatido, y considerado por algunos sectores tanto de la academia como cerrado debido a la naturaleza de la discrecionalidad administrativa, pero que por lo aquí expuesto se ha logrado dilucidar la importancia de dar una mirada soportado en el enfoque tanto jurídico como social que trae consigo la aceptación o no de dicha corriente, entendiendo además, que el derecho debe responder a las necesidades y cambios sociales, por lo que debe ser entendido como una ciencia dinámica que pese a que haya efectuado debates en algún tema, debe estar dispuestos a retomarlos en cuanto el contexto nacional e internacional lo requiera.

Así, y pese al carácter teórico de la investigación, esta se presenta relevante dentro del campo del derecho dado que aun cuando académicamente se ha venido efectuando un desarrollo en cuanto a cada una de las categorías aquí abordadas, lo cierto es que es necesario realizar un trabajo que permita 1. Definir de forma clara la postura de la Corte Constitucional Colombiana con relación al tema en concreto, enfocando el estudio, además, en la caracterización teórica de cada una de las categorías; y a partir de ello 2. Determinar si la postura definitiva, adoptada por dicha corporación la cual se entenderá como institucional dentro del Estado Social de Derecho Colombiano, corresponde a la Carta Política y Jurídica del país así como a la Teoría del Estado Social de Derecho.

En suma, el trabajo será presentado por capítulos. El primero da cuenta de la aproximación a los antecedentes y estado de cosas actual con relación a la discrecionalidad administrativa como categoría conceptual, pero aterrizada en Colombia, así como de la vinculación de empleados de libre nombramiento y remoción y de la declaración de insubsistencia; en el segundo, se efectúa un acercamiento de tipo teórico a las categorías propuestas y en el tercero se yuxtapone el análisis realizado desde la perspectiva jurisprudencial y teórica con relación a la teoría del Estado Social de Derecho, a fin de determinar la constitucional o no de la aplicación de la discrecionalidad administrativa en el caso concreto.

Planteamiento del Problema

La discrecionalidad administrativa ha sido una institución jurídica presente en la historia del derecho público a partir de la Revolución Francesa, época en la que surgió debido a la necesidad de otorgar mayor poder a la administración estatal a fin de garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos. Con lo anterior, puede decirse que se acepta que para el pleno ejercicio de las funciones contempladas en la norma básica fundamental y demás leyes regulatorias, las autoridades administrativas deben contar con cierto margen de discreción a la hora de tomar decisiones, sin embargo, también es cierto que en un Estado Social de Derecho esta debe ser la excepción y no la regla, por lo que debe analizarse de forma separada cada uno de los casos en los que tendría aplicabilidad dicha institución.

Así las cosas, surge el cuestionamiento de la aplicación de dicha institución jurídica en el caso concreto de los empleados de libre nombramiento y remoción, teniendo claro que estos hacen parte de las formas de vinculación pública definidas por la Constitución y la Ley, presentada como una forma excepcional. En ese sentido, vale resaltar que de conformidad con la ley 909 de 2004, los empleados que pueden ser vinculados bajo dicha modalidad deben serlo

para efectuar labores de confianza por lo que dentro de ellos se encuentra el personal encargado de la seguridad privada, los auxiliares de funcionarios públicos, entre otros, no obstante, lo cierto es que en Colombia, además de ellos, son vinculados bajo dicha modalidad otros empleados.

Con todo, el problema se hace más fuerte en tratándose de la declaración de insubsistencia, sobre todo debido a que la postura de la Corte Constitucional ha sido diversa al considerar en ciertos pronunciamientos que hay lugar a la discrecionalidad administrativa y que por ende los actos administrativos que tienen como fin el efecto jurídico de terminación de relación laboral no tienen que estar motivados, en otras ha manifestado que debe tener un mínimo de motivación y finalmente, otros pronunciamientos judiciales dan cuenta de la necesidad de motivarlos a propósito de dar pleno cumplimiento a las garantías constitucionales, máxime cuando se trata de derechos laborales y junto a ello los derechos que resultan conexos tales como el derecho a la salud, educación, alimentación, vivienda, entre otros, por lo que es pertinente analizar el tema desde una lectura sistemática en virtud de las implicaciones jurídicas y sociales que trae consigo la práctica jurídica con relación al tema y junto a ello discrepancia jurisprudencial para su resolución.

Así las cosas, el problema de investigación es ¿La aplicación de la discrecionalidad administrativa en tratándose de un acto administrativo que declara la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, puede ser considerada inconstitucional? aspecto que además, se estudiará a la luz de la teoría del Estado Social de Derecho y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.

Capítulo 1

1. Antecedentes: Mirada Histórica, Doctrinal y Jurisprudencial

A continuación se dará una mirada a la evolución doctrinal y jurisprudencial de las categorías conceptuales que hacen parte del desarrollo de este trabajo, tendrán como eje transversal una mirada histórica, teniendo como punto de referencia los aportes suscitados desde la teoría del derecho en general, pero con énfasis especial en el caso colombiano, por hacer parte de la delimitación espacial del caso concreto.

1.1 Con relación a la Discrecionalidad Administrativa

El derecho administrativo nace en el seno de la Revolución Francesa, específicamente con lo que concierne a la teoría de separación de poderes, por lo que los principios que lo erigen son la libertad, legalidad y garantía frente al manejo de un poder arbitrario, por lo que su estructura gira en torno a los privilegios y garantías, siendo la arbitrariedad una acción superior a la injusticia (Alemán Pardo, 2000, pág. 110) que se caracteriza por ser la violación o abuso del poder (Díaz Quiñones, 2015, pág. 11), aunado a ello, debe mencionarse que “ya no se sostiene la tesis según la cual la función de administrar consiste en la aplicación automática de la ley, ni que el juez sea un órgano cuya actividad se reduce a ser algo así como la boca que pronuncia las palabras de la ley que aplica” (Cassagne, 2017, pág. 5), así, la importancia de la discusión es generar una duda en cuanto a la neutralidad de las decisiones de la administración pública en las que el funcionario con mayor grado jerárquico es quien emite las órdenes que deben ser cumplidas so pena de sanción, sin embargo su necesidad radica en el hecho de atender a las razones de necesidad, oportunidad y conveniencia de mérito (Ariza Lopez, 2016, pág. 5).

De otro lado, y desde la perspectiva de la teoría del derecho, la discrecionalidad nace como consecuencia de la reglamentación que se efectúa respecto de las potestades con las que

cuenta la administración, y “ello ocurre porque resulta imposible que las normas puedan predeterminar totalmente la conducta a seguir por los órganos del Estado ni establecer los supuestos de hecho normativos que conduzcan a su aplicación automática” (Cassagne, 2017, pág. 6), siendo relevante, desde una perspectiva netamente jurídica, debido a la incertidumbre del lenguaje jurídico, así como del uso de diferentes teorías para su interpretación y posterior implementación; teniendo presente que dentro de dicha aplicación del derecho también juega un papel importante la subjetividad del funcionario que tiene como función aplicar la norma en el caso concreto, por lo que desde una postura jurídico-cultural se ha podido establecer que la función de la administración no es únicamente la aplicación automática de las leyes, sino la de satisfacer las necesidades de la sociedad en general a propósito de la satisfacción de las garantías constitucionales entendidas como fin, en ese sentido, vale la pena mencionar que para el caso colombiano, y desde una perspectiva constitucional, son el

servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Constitución Política de Colombia, 2017, art. 2).

Por lo que las decisiones de la administración deben estar enfocadas en el principio de legalidad, establecido en el artículo 4 de la Constitución Política, sobre todo en algunos campos como lo son la jurisdicción, competencia, oportunidad, función, finalidad y sentido de la decisión, sin embargo otras tantas decisiones están enfocadas en la órbita de la libertad, mediante la cual se faculta a las autoridades para ponderar las circunstancias de un caso concreto y a partir

de ello optar por alguna de las alternativas posibles, teniendo claro que de ninguna forma estas pueden sobrepasar el límite de la arbitrariedad (T-928, 2004, pág. 7).

Entonces, puede decirse que si la ley establece de forma taxativa las condiciones para el ejercicio de la autoridad del Estado, se está bajo las potestades regladas; pero si la norma tan sólo fija las condiciones para el ejercicio de la potestad, se está ante una discrecionalidad administrativa (Villoslada Gutierrez, 2013, pág. 4), tema último que es el objeto de estudio de este trabajo enfocado a los empleados de libre nombramiento y remoción, teniendo claro que, primero, y como se verá a continuación, este ha sido un tema de debate desde el mismo nacimiento del derecho administrativo; segundo, dado que se presenta como un tema relacionado con la protección de los derechos tanto individuales como colectivos de los sujetos, entonces, la discrecionalidad se sustenta en la separación de poderes, argumento de quienes sostienen que los actos administrativos no deben estar motivados (Malagón Pinzón , 2007).

La discrecionalidad es definida como “[...] la facultad de la Administración de actuar libremente cuando la Ley la habilita para ello.” (Alemán Pardo, 2000, pág. 111), por su parte, la arbitrariedad se entiende más bien como acto injusto, o acto inmotivado, como acto contrario al Derecho, concebido éste esencialmente como fundamento, como soporte racional y fundado de los actos.” (Alemán Pardo, 2000, pág. 112), por lo que desde dicha perspectiva, cuando la administración estatal

realiza una determinada actividad en ejercicio del poder discrecional, su actuación, además de estar enmarcada dentro de los requisitos legales generales, debe ser racional, justa, igual y proporcional, pues de lo contrario, sería arbitraria, es decir, irracional, injusta, desigual o desproporcionada, lo que produciría la posibilidad de ser controlada

jurisdiccionalmente por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa (Riaño Ospina, 2015, pág. 22)

Así las cosas, la diferencia entre ambas categorías se fundamenta en la Constitución Política colombiana, rechazando la última y aceptando la primera, pues se entiende que esta es una herramienta jurídica indispensable para efectuar una buena administración pública, dado que es a partir de ella que se le otorga al funcionario la posibilidad de utilizar su buen juicio a la hora de dar cumplimiento a los mandatos constitucionales y legales, teniendo presente que con base en el artículo 123 de dicha carta, los servidores públicos deben estar al servicio del Estado y de la comunidad (T-928, 2004, págs. 8-9), por lo que se sostiene que

ese margen de obrar libremente, a discreción, en la Administración, siempre ha estado permitido, porque ha respondido a una necesidad del poder ejecutivo en el ejercicio de su propio poder. Por esto [...] la historia del progresivo hallazgo de técnicas de control del poder discrecional de la Administración es la historia misma de la jurisdicción contencioso administrativa y del propio Derecho Administrativo (Alemán Pardo, 2000, pág. 111)

Sin embargo, la discrecionalidad no se presenta como absoluta, tal y como se hacía antes de la Revolución Francesa con relación a los actos políticos o de gobierno, por lo que se presenta como debido a los elementos establecidos en la ley que atribuye a la administración tal potestad (Villoslada Gutierrez, 2013, págs. 6-7).

Con todo, se han creado los esfuerzos necesarios para reducir la discrecionalidad de la administración a la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, los cuales son entendidos como aquellos “[...] que se mantienen generales, que exigen valoración o pronóstico necesario y posibilitan un completo abanico de interpretaciones [...] a ellos pertenecen, por ejemplo, el

interés público, el bienestar general, un motivo trascendente, la confiabilidad, la necesidad y el de casos graves especiales, etc.[...]" (Maurer, 2008, pág. 43), pues a nivel jurisprudencial, y a través de la aplicación del precedente judicial, se ha desplazado, en cierta medida, el control de las potestades discrecionales, aspecto que ocurre mediante la desviación de poder¹, la aplicación de los principios generales del derecho, el control de la decisión de la administración, desplazando de esta forma el control tangencial por la fiscalización de la correcta aplicación de un concepto jurídico indeterminado (Villoslada Gutierrez, 2013, págs. 8-9). En ese sentido, la discrecionalidad administrativa tiene que ver con los efectos jurídicos de la norma, la cual le permite a la administración pública adoptar más de una decisión, lo que otorga cierto grado de autonomía en la toma de decisiones, en tanto los conceptos jurídicos indeterminados son elementos típicos normativos (López Peña, 2013, pág. 8), por lo que ha de mencionarse que el control que se otorga institucionalmente a este tipo de decisiones es nulo.

Como fundamento en lo anterior, se tiene que debido a que la naturaleza y fines de la discrecionalidad se encuentran en la consideración según la cual todas las actividades desarrolladas por la autoridad administrativa, se encuentra de conformidad a lo establecido en la Constitución Política y la ley, lo que justifica que su examen a través de la jurisdicción contencioso administrativa pueda ser practicado en cualquier tiempo (Maurer, 2008, pág. 37)

No obstante, "[...] mientras el uso de potestades discrecionales supone la libertad de elección de alternativas igualmente justas, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en el caso concreto impone una única solución correcta" (Villoslada Gutierrez, 2013, pág. 10), por lo que aun cuando se prevé dicha posibilidad y en cierta medida puede predicarse una utilidad

¹ Concepto entendido como "Es el hecho de una autoridad administrativa que realizando un acto de su competencia con observancia de las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de ley, usa de su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fué conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio." (Hauriou, 1921, pág. 455).

pública, lo cierto es que no puede alejarse de la necesidad de efectuar una lectura sistemática con relación a la legislación colombiana en general.

Entonces, debe mencionarse que las diversas teorías que se han ocupado de definir y/o explicar la naturaleza y elementos de la discrecionalidad, como una actividad realizada por los funcionarios que hacen parte de la administración, en primer lugar, difieren a menudo de los conceptos a priori que fijan su punto de partida y el rumbo que debe tomar; y en segundo lugar, estas han influido en las tesis que adoptan los juristas en cuanto a la ciencia política y disciplinas afines, generando un inconsciente colectivo a partir del método jurídico y de la interpretación que se puede proporcionar a partir de la teoría general del derecho, el cual cuenta con un lenguaje plenamente definido que trae consigo una serie de normas y principios generales que son aplicados en la sociedad mediante el uso de tecnicismos que lo dotan de poder.

Por lo anterior, es que se comulga con la idea que “para evitar abusos y mantener el equilibrio de frenos y contrapesos que entraña la división de poderes ha de haber un poder (en sentido orgánico) que controle el ejercicio de la actividad administrativa, ya sea que se exprese a través de una declaración de cognición o volitiva, de opinión o juicio” (Cassagne, 2017, pág. 7)

1.2 Sobre los Empleados de Libre Nombramiento y Remoción

Para entender la naturaleza de los empleados de libre nombramiento y remoción, es necesario mencionar que el servidor público es entendido en Colombia como “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 [...]” (Constitución Política de Colombia, 2017, Art. 123).

Dentro de esta clasificación de los empleados públicos, la Constitución Política de Colombia establece que la forma de vinculación, por regla general, debe ser de carrera; posteriormente se reguló mediante el Decreto 1732 del 58, luego la Ley 65 de 1967, el Decreto 2400 de 1968, la Ley 61 de 1987, la Ley 27 de 1992, derogada por la Ley 443 de 1998, la cual a su turno fue derogada por la Ley 909 de 2004.

A su turno, el artículo 125 de la misma norma básica otorga una clasificación: empleados de carrera, de elección popular, de libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley (Constitución Política de Colombia, 2017), la cual es confirmada por la Ley 909 de 2004 en su artículo 5, y agregando que en cuanto al nombramiento, aquellos de libre nombramiento y remoción “[...] serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley” (Ley 909 de 2004, art. 23), estos pueden ser de manera definitiva o transitoria.

La Jurisprudencia, al igual que la ley, ha establecido que la situación de los empleados de libre nombramiento y remoción es totalmente diferente a los empleados de carrera, dado que su vinculación, permanencia y retiro depende de la voluntad, por ende discrecionalidad, del nominador, el cual tiene la potestad de designar en ciertos empleos las personas que considera idóneas para la realización de funciones del mismo (C-540, 1998, pág. 9).

Las causales de retiro del servicio de estos empleados, puede darse por: declaración de insubsistencia, por renuncia aceptada, por retiro forzado, por invalidez, por retiro voluntario, por destitución posterior proceso disciplinario, por declaratoria de vacancia del empleo, por revocatoria del nombramiento, por orden o decisión judicial, por supresión del empleo, por muerte, por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes (Henríquez Pinedo,

2009, págs. 87-88); presentándose la primera de ellas como problemática dado que existen teorías que afirman que la declaración de insubsistencia de dichos cargos requiere motivación del acto administrativo, en tanto otras afirman que no es necesario, al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que

los actos de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación y ello es así, porque la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza. Por tanto, la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno (T-610, 2003, pág. 8).

Así se puede identificar que los argumentos dados por la Corte Constitucional, se enfocan en la teoría de la discrecionalidad administrativa, justificada en la Ley 909 de 2004 al considerar que las autoridades tienen la facultad de dejar sin efecto el nombramiento hecho a un servidor público con el propósito de terminar la relación laboral (Ley 909, 2004), por lo que la naturaleza de dichos cargos son de precaria estabilidad dado que el ordenamiento deja un margen de discrecionalidad (Martínez Cárdenas & Ramírez Mora, 2008, pág. 46), para ello la Ley 909 de 2004 artículo 5, ha establecido que los criterios para definir quiénes pueden hacer parte de este grupo de servidores públicos de libre nombramiento y remoción, los cuales a manera indicativa no taxativa, puede decirse que son (Martínez Cárdenas & Ramírez Mora, 2008, pág. 47):

- Empleos de dirección, conducción y orientación; es decir, aquellos cuyo ejercicio implica la adopción de políticas públicas, empleos que están señalados en la ley.
- Empleos que requieren de confianza especial, cuyas funciones tienen que ver con asesoría institucional, asistencial o apoyo. Para ello se requiere que dichos empleos

estén adscritos a los empleados taxativamente relacionados y adscritos a los respectivos despachos.

- Empleos cuyo ejercicio implica administración y manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado; las condiciones que se deben tener en cuenta son: administración de fondos, valores y/o bienes y la constitución de fianza de manejo, condiciones que deben operar de manera conjunta.

Aunado a lo anterior se debe analizar el grado de responsabilidad de los funcionarios que efectúan el manejo de bienes, dado que es un elemento esencial de la confianza que justifican todo el régimen.

- Empleos que no pertenecen a organismos de seguridad del Estado que realizan funciones relativas a la seguridad personal de los servidores públicos.
- Empleos de unidades de apoyo que requieran los concejales y/o diputados.
- Empleos de medio tiempo o tiempo parcial que se creen con carácter permanente dentro de las plantas.

Así, es importante destacar que la vinculación de empleados de libre nombramiento y remoción “se consagró en nuestro ordenamiento jurídico, como respuesta a la necesidad de que los directores, representantes legales de entidades territoriales, nominadores y responsables de las instituciones públicas, pudiesen rodearse o nombrar personas de su entera confianza” (Murillo Mena, 2014, pág. 87).

1.3 Declaración de insubsistencia

En lo que se refiere a la declaración de insubsistencia, como ya se ha citado el artículo 125 de la Constitución Política, se desarrolla de manera global el concurso de méritos, a partir de esta estipulación se dilucida el nombramiento en provisionalidad que en algunos casos es

transitoria o definitiva, en este sentido la declaración de insubsistencia de los servidores que son asignación a libre nombramiento y remoción de manera permanente o transitoria han estado bajo la condición de ser removidos del cargo desde la siguiente estipulación normativa:

La Ley 909 de 2004, en el título VII, enuncia el retiro de los empleados públicos, ampliado en el artículo 41 donde aborda el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción, descrito en detalle en el literal (a), declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción (VEGA, 2012, pág. 11).

Por las consideraciones anteriores, se hace necesario entonces, determinar que significa la declaratoria de insubsistencia señalando en primera medida que esta es un acto administrativo que como se ha citado declara la remoción de un servidor, en segundo lugar ya que tiene como característica la estipulación de un acto administrativo este debe comprender entonces, la presunción de legalidad que se estudiara de manera más detallada a continuación desde la óptica del Consejo de Estado.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, el fallo 734 del año 2011 del Consejo de Estado, establece una aproximación a este concepto como un acercamiento material a la declaración de insubsistencia en los cargos de libre nombramiento y remoción, indicando que la misma debe ser fundamentada y cumplir con el principio de legalidad señalando al respecto lo siguiente:

[...]Por ser presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a infirmarla. Tal presunción surge de la aplicación del principio de legalidad, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la Ley y los Reglamentos, y "opera en el quehacer de la administración

pública imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a las reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia". El fenómeno de desviación de poder se puede presentar, aun en los actos administrativos de naturaleza discrecional [...] (Consejo de Estado, 2011).

En este orden de ideas, la declaratoria de insubsistencia para ser declarada debe cumplir con unos requisitos mínimos que contemple por un lado la presunción de legalidad en la cual se debe proceder con respecto a la constitución y a la ley y por otro lado determina la desviación en el uso de poder por parte del funcionario acusado y por ende, objeto de este tipo de imputaciones en donde se debe encontrar de manera expresa su falta para proceder a la declaratoria de insubsistencia.

En efecto, la desviación o abuso del poder se entiende desde el Consejo de Estado, como todo acto tendiente a encubrir un acto ilegal, desde parámetros de legalidad empleando un fin para el cual no fue propuesto, para ello es indispensable la fundamentación probatoria sobre la cual se dan las solicitudes de declaratoria de insubsistencia ya que la misma no puede llevarse a cabo por apreciaciones o especulaciones del inadecuado manejo de las funciones del servidor público.

En este sentido se crea un imaginario acerca de la función de la declaratoria de insubsistencia como sancionadora. Si bien es cierto un punto de ella puede evidenciar una sanción al servidor esta no cumple estrictamente las medidas disciplinarias." Es decir, la desvinculación de un empleado de libre designación proviene de la inadecuada prestación del servicio público, por consiguiente, al declarar insubsistente el nombramiento lo que se busca es el mejoramiento del servicio, mas no, sancionar disciplinariamente al afectado". (Consejo de Estado, 2011).

La problemática que se radica en la declaratoria de insubsistencia se refiere a la discrecionalidad que la misma admite, puesto que como se ha evidenciado en la postura del Consejo de Estado esta debe ser motivada, el caso expuesto en este fallo tenía motivaciones de origen subjetivo pero no objetivo con respecto al fin que propone lo que es la declaratoria de insubsistencia, es por ello que Universidades como la Militar ha llevado a cabo trabajos de investigación y publicaciones sobre los alcances y límites de la declaratoria de subsistencia. "Por lo tanto, es importante indicar que la falta de motivación del acto administrativo de insubsistencia genera un vicio de nulidad, en la medida en que se violan los principios de constitucionales de la función pública". (CÁRDENAS & GIRALDO, 2012, pág. 9).

Como todos los actos administrativos, la declaratoria de insubsistencia debe ser motivada, al respecto si como se ha desarrollado en el presente escrito no se cumple con la motivación y se transgrede el principio de legalidad, entonces, también se colige que se vulnera el debido proceso la persona que está sujeta a esta declaratoria por ende, tiene el derecho de desvirtuar las acusaciones que se hacen en su contra, aunque diversos estudios como los aquí citados han argumentados las contradicciones en lo que respecta a la exigibilidad de motivación de esta declaración por parte del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, aunque existan divergencias sobre este postulado es claro que deben respetarse las garantías constitucionales y aplicar la regla general a todos los actos administrativos sin distinción alguna.

Para evitar desigualdades y facilidad en determinado momento de controvertir cualquier decisión de la administración, todos los actos administrativos sin excepción, en virtud de la teoría del acto administrativo, deberían ser motivados expresamente. Como se indicó, es un requisito de existencia y a su vez de validez de los mismos como bien lo han expresado los doctrinantes, pero en principio por justicia y equidad social, al menos se deberían motivar los actos de declaratoria

de insubsistencia de los funcionarios de libre nombramiento y remoción de naturaleza gerencial. (VEGA, 2012, pág. 31).

Capítulo 2

2. Aproximación Teórica

Una vez se ha efectuado la delimitación conceptual del trabajo, es necesario dar una mirada a la aproximación teórica desde la cual se entiende el tema en concreto, para ello se abordará lo relacionado con la discrecionalidad administrativa, la declaración de insubsistencia y los empleados de libre nombramiento y remoción; por lo que tendrá relevancia el análisis tanto de los postulados tanto doctrinales como jurisprudenciales, aspecto último que permitirá efectuar mayor delimitación al tema concreto.

2.1 Evolución Teórica con Relación a la Discrecionalidad Administrativa

En tanto las normas sean más precisas al interior de los Estados, a propósito de la regulación de la acción de la administración, la garantía de los derechos de los particulares también será mayor; pero pese a ello, existe un grupo de teóricos que con base en la nueva tendencia global consistente en fortalecer el poder central y fortalecer el margen de acción, afirman que la regulación de la acción administrativa, en sus más mínimos detalles, también trae consigo el riesgo de paralizar la administración (Pierry Arrau, 1990, pág. 379).

La teoría de la discrecionalidad de la administración tiene asiento en el desarrollo del derecho alemán en donde se encuentra la teoría del margen de apreciación la cual diseña una justa solución con base en los conceptos jurídicos indeterminados a través de un proceso interpretativo de los conceptos jurídicos indeterminados (Marín Hernandez, 2009, pág. 183)

Por su parte, tanto la academia como los juristas italianos también han efectuado aportes de relevancia al considerar que este concepto es “un proceso creativo (o categoría histórica)

menos aún se justifica prescindir en esta materia del análisis de la evolución acontecida en el derecho francés sobre el poder discrecional y su control por los jueces administrativos.” (Cassagne, 2017, pág. 10).

Finalmente, dentro del desarrollo de la teoría francesa, la discrecionalidad ha sido reconocida como una forma jurídica que contribuye a limitar el ejercicio de la jurisdicción a manera de “control mínimo”, mediante el cual se ha optado por la restricción a la aplicación de dicha institución jurídica, partiendo de una teoría minimalista pero con miras a abolir dicha práctica en todo o en parte a través de la creación de nuevos requisitos integradores del principio de legalidad que recaen en la anulación de los actos administrativos dentro de los que se encuentran la incompetencia, los vicios de forma o procedimiento, la desviación del poder y/o la violación a la ley (Pierry Arrau, 1990, pág. 481), vicios que también fueron considerados dentro de la teoría colombiana y que hoy por hoy se encuentran vigentes.

En ese sentido, es menester mencionar que los actos administrativos son entendidos como la declaración unilateral de la voluntad de una autoridad administrativa proferida en el ejercicio de sus atribuciones y para el cumplimiento de sus funciones con el ánimo de producir un efecto jurídico que cree, extinga o modifique alguna situación (Bernal, 2008, pág. 169), aspecto de relevancia dado que la discrecionalidad “se encuentra sometida a los principios que gobiernan la validez y eficacia de los actos administrativos, y se debe entender limitada a la realización de los fines específicos que le han sido encomendados a la autoridad por el ordenamiento jurídico” (C-1161, 2000, pág. 30)

Al respecto, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ha establecido que la nulidad de un acto administrativo, de carácter general, procederá cuando

[...] hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación (Ley 1437, 2011, art.137)

La expedición de los actos administrativos de forma irregular tienen que ver con el incumplimiento de la normatividad propuesta para tal fin, en donde se encuentra la competencia, la observancia de los derechos y principios constitucionales, etc. De otro lado, la desviación del poder hace referencia a la afectación que se hace de las decisiones de la administración que aun cuando ha sido dictada por la autoridad competente, tiene como fin uno diverso a aquel sobre para el que el acto debería ser dictado; con esta causal se busca dilucidar los móviles internos que tuvo la administración determinando si ellas están de acuerdo con la finalidad que la legalidad ha previsto. De otro lado, la falsa motivación hace referencia a la fundamentación en hechos ajenos a la realidad o en el hecho de invocar un marco normativo inaplicable a la situación jurídica (Pierry Arrau, 1990, págs. 481-488)

La motivación del acto administrativo, según la Corte Constitucional, debe hacer referencia al principio de razón suficiente, por lo que deben mediar la razones particulares por las cuales se decide remover a un servidor público (T-1365, 2005), pero teniendo presente, que precisamente este es el punto de debate del presente trabajo investigativo dado que la misma corporación ha manifestado en otras sentencias, como la T-610 de 2003, h que este requisito no es necesario, a lo que se suman posturas como la de la sentencia T-111 de 2014, en donde al resolver una acción de tutela con relación a la solicitud de declaración de nulidad de un acto administrativo en donde se declaraba insubsistente un miembro de la Policía Nacional, la Corte

Constitucional manifestó que “las decisiones de carácter discrecional, tomadas por el Gobierno Nacional, deben contar con un mínimo de motivación justificante que las legitime y que permita inferir, en forma razonable, la necesidad de tomar la decisión en el sentido en que ésta fue materializada” (T-111, 2014), Así, puede decirse que lo cierto es que pese a que se motive o no el acto administrativo, si este no cuenta con las razones jurídicas y/o administrativas suficientes, tales como la supresión del cargo, existiría arbitrariedad al momento de remover a un servidor, máxime cuando en la práctica se puede evidenciar que no todos los nombramientos hechos bajo la figura de libre nombramiento y remoción recaen sobre cargos de confianza.

Con relación a los actos administrativos de carácter particular, que es el caso que convoca a menos que la remoción del cargo se efectúe por medio de un acto administrativo de carácter general, hay lugar a la aplicación de dicho mecanismo, así como de la nulidad y restablecimiento del derecho, “1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero; 2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público, 3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico; 4. Cuando la ley lo consagre expresamente.” (Ley 1437, 2011, art. 137)

Con fundamento en el argumento anterior, debe mencionarse que las teorías europeas con relación a dicho concepto han sido adoptadas en Colombia, por lo que, aun cuando se ha dotado de elementos el principio de legalidad, tal y como se vio, no es menos cierto que la delimitación de la discrecionalidad reposa en la caracterización y naturaleza de los conceptos jurídicos indeterminados, aspecto claro al comprender que a través de ella se ha optado por la

posibilidad [...] realizar, con base en los principios de justicia, racionalidad y razonabilidad, un juicio de valor que tenga en cuenta las circunstancias de hecho, oportunidad y conveniencia que circunscriben el caso concreto y le permita decidir si en aras de alcanzar la finalidad que le ha sido encomendada, ha de actuar de una determinada manera, o abstenerse de hacerlo (T-111, 2014)

Así, la discrecionalidad se presenta en dos sentidos: discrecionalidad decisiva y electiva. La primera de ellas se enfoca en responder a la pregunta de si las autoridades administrativas deben ser activas e intervinientes; y la segunda, hace referencia a la pregunta sobre los posibles tratamientos en el caso concreto (Maurer, 2008), por lo que “Es conveniente precisar que el poder discrecional no es susceptible de graduaciones; existe o no. O la administración es libre de actuar en determinado sentido o no lo es. Sin embargo, en un acto administrativo puede haber mayor o menor discrecionalidad según que la regla de derecho deje más o menos elementos [...]” (Pierry Arrau, 1990, pág. 480), en este “confluyen instituciones esenciales de nuestro estado de derecho tales como la división de poderes, la vinculación positiva de la administración a la ley y al derecho, o en algunos casos se defiende por algunos autores también la vinculación negativa fuera de las materias reservadas a la ley” (Fernández Espinar, 2012, pág. 215)

Con todo, debe advertirse que en todos los actos administrativos existe un aspecto reglado y otro no, tornándose como excepcionales aquellos actos que están totalmente reglados, teniendo que la aplicación y posterior control del principio de la legalidad debe girar en torno al aspecto reglado, en tanto el aspecto discrecional, en términos jurídicos-reglados, no es susceptible de control alguno, sin embargo, debe recordarse que la norma escrita no es la única fuente de poder, dado que junto a ello existe un poder reglado por el juez, por lo que el control de la discrecionalidad, podría eventualmente, recaer en los medios que se vale el juez al restringir

el campo de la discrecionalidad, creando poder reglado mediante su jurisprudencia(Navarro, 2013, págs. 202-203)

Dentro de los presupuestos de la discrecionalidad administrativa se pueden destacar que

1. El legislador decide si es aceptada esta teoría y en qué medida desea que la autoridad administrativa ejerza su voluntad y
2. Como consecuencia de lo anterior, la jurisdicción contencioso administrativa está en la obligación y derecho de efectuar un examen a fin de verificar que tal decisión no sobrepase los límites de la discrecionalidad que incurra en la arbitrariedad, teniendo presente que este sólo versará sobre los elementos o secciones regladas de los actos administrativos proferidos por la autoridad administrativa, decisión que será de carácter negativa o anulatoria, pero en ningún caso de tipo sustitutiva (Maurer, 2008, pág. 38),
3. Implica una valoración de la administración a propósito del interés público,
4. Su ejercicio debe ser el resultado de la elección entre una diversidad de opciones,
5. La elección debe estar fundamentada en criterios jurídicos y sociales, dentro de los que se puede incluir un elemento político, pero que en todo caso atienda a criterios objetivos y razonables, razón por la que se debe apostar por una discrecionalidad de tipo jurídico-técnica (Villoslada Gutierrez, 2013, págs. 39-42), dado que el problema con entre teoría y práctica se presenta cuando se implementa la discrecionalidad socio-política a la hora de dar respuesta a problemas de tipo jurídico.

A lo anterior, debe sumarse que el ejercicio de la discrecionalidad administrativa trae consigo una serie de límites, pues aunque contradictorio con la etimología del nombre, desde el deber ser, no puede existir una discrecionalidad indeterminada o libre, haciendo referencia a la concepción jurídico-técnica de la que hablaba Villoslada, y contra dichos errores se puede solicitar la nulidad, caso en el que no tendría oponibilidad debido a que dicho efecto sería producido de conformidad con un análisis netamente normativo. Con todo, es importante

destacar lo que Hatmut Maurer (2008, págs. 38-41) menciona al sostener que el principio de proporcionalidad es indispensable a la hora de efectuar cualquier labor de tipo administrativa dentro del ámbito público, en la que tome decisiones de conformidad con la teoría de la discrecionalidad administrativa, sólo podrá ser aceptada de conformidad con la finalidad que con ello persigue, por lo que esta debe ser idónea, es decir que alcance el efecto deseado; necesaria, aspecto que es evidente cuando no se dispone de ningún otro medio que lesionen en menor medida los derechos de los posibles afectados y de la comunidad en general; y proporcional, lo cual surge cuando la discrecionalidad deviene de una relación directa y equilibrada teniendo como fundamento el propósito perseguido; para ello ha logrado definir como errores de la discrecionalidad los siguientes:

- No uso de la discrecionalidad: El cual tiene lugar cuando la autoridad administrativa, pese a que está facultada por la ley, no hace uso de la discrecionalidad que le ha sido otorgada. Se considera error dado que en el caso que una autoridad cuente con la discrecionalidad decisiva está en la obligación de tomar la decisión que considere correcta, pues de lo contrario estaría incumpliendo la ley.
- Extralimitación en la discrecionalidad: Contrario al caso anterior, ocurre cuando la autoridad administrativa se extralimita en las posibilidades otorgadas por la constitución y la ley a la hora de tomar una decisión
- Uso abusivo de la discrecionalidad: Caso en el que la autoridad no actúa de conformidad a la finalidad de la norma que le otorga la discrecionalidad, bien sea porque alguno de los funcionarios cuenta con algún motivo de carácter subjetivo, o porque con base en algún argumento pertinente se apartó de la finalidad.

- Violación de los Derechos Fundamentales y Principios Generales de la Administración: Las formas de organización Estatal, y junto a ellas, las autoridades administrativas, son creadas con la idea de garantizar y cumplir los fines establecidos en la Constitución, leyes y demás formas jurídicas que hagan reconocimiento expreso o taxativo de derechos fundamentales, por lo que al ejecutar una acción que atente en contra de tal fin estaría incurriendo en un error y por tanto la decisión tomada podría ser objeto de nulidad.

Así, puede identificarse que la discrecionalidad también es presentada a manera de tipología dentro de la que se encuentra una débil y una fuerte. La primera de ellas, también denominada instrumental, por Dworkin, hace referencia a los supuestos en que las normas exigen una operación de discernimiento por parte de la autoridad, como por ejemplo cuando se requiere algún dictamen para efectuar alguna obra, por lo que dentro de ella se encuentran una serie de estándares impuestos por el poder central los cuales deben ser obedecidos; y la segunda, la discrecionalidad fuerte o típica, es aquella que se encuentra bajo el límite de un concepto jurídico indeterminado, del cual se puede extraer un cierto margen de valoración, con base en algunos supuestos que permitan tomar decisiones justas (Cassagne, 2017, págs. 20-21).

Finalmente, ha de mencionarse que aun cuando no se puede poner en práctica la teoría abolicionista con relación al uso de la discrecionalidad, debido al margen que le otorga a la administración, lo cierto es que se debe aplicar la teoría francesa, relativa a la propuesta por reducirla, para lo que se propone que cuando dentro del análisis y previa verificación se llegue a determinar que las posibilidades de la administración se reducían a una, como es el caso de la reducción a cero, esta debe optar por tal decisión, no desde la teoría de la discrecionalidad

administrativa sino del cumplimiento del principio de legalidad y seguridad jurídica (Maurer, 2008, págs. 40-41).

Capítulo 3

3. Una confrontación entre la Teoría del Estado Social de Derecho y la Teoría de la Discrecionalidad Administrativa respecto a la Declaración de Insubsistencia no Motivada en Empleados de Libre Nombramiento y Remoción

Antes de entrar a analizar la confrontación entre la teoría del Estado Social de Derecho y la teoría de la discrecionalidad administrativa respecto a la declaración de insubsistencia no motivada en empleados de libre nombramiento y remoción, es importante aclarar: 1. La teoría del estado social de derecho respecto a la administración pública y la teoría de la discrecionalidad 2. La teoría de la discrecionalidad en la insubsistencia dentro del ordenamiento jurídico colombiano (legal y jurisprudencial), 3. Confrontación entre la teoría del estado social de derecho y la teoría de la discrecionalidad administrativa respecto a la declaración de insubsistencia no motivada en empleados de libre nombramiento y remoción.

3.1. La teoría del estado social de derecho respecto a la administración pública y la teoría de la discrecionalidad:

Como bien se ha explicado dentro del marco del primer capítulo en referencia a los antecedentes a la teoría de la discrecionalidad administrativa, es importante resaltar que dicha institución es una facultad que goza la administración pública para garantizar la prestación de sus servicios y con ello poder hacer efectivo lo fines propios del Estado Social de Derecho. Sin embargo debe regirse dentro del ordenamiento legal vigente, y con ello no ser arbitraria para no desviar ni los fines propios, ni el poder que goza la administración.

Ahora dentro de la teoría del Estado Social de Derecho, la teoría de la discrecionalidad es una facultad de la administración pública, y que por ello, debe regirse por los presupuestos legales de la misma, para no ir contraria ni a la ley ni a la Constitución.

Vale recordar que la Constitución política “[...] Además de ser norma de normas, es política y como acuerdo básico de una sociedad, reposan en ella los principales presupuestos axiológicos estimados como fundantes y fundamentales por una comunidad.” (Vélez, 2007)

En síntesis, la Constitución contiene los principales presupuestos axiológicos o *principios* que por su carácter, son jerárquicamente superior a las normas ordinarias y normas de un grado inferior, debido a que es una *norma fundamental*, y que dentro de la teoría del derecho puro como la concebía Hans Kelsen: “la misma confiere los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción” (2000, pág. 106).

Así la administración pública dentro de sus funciones, se rige dentro de la función pública a partir de los principios que ella contiene: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad tal como expone el artículo 209 superior.

En ese orden de ideas la Constitución “entendida en el sentido material de la palabra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir.” (Kelsen, 2000, pág. 113), faculta a las entidades administrativas a que cumplan sus funciones dentro de un marco normativo constitucional y legal, con el fin de poder cumplir con una función pública, como lo es prestar un servicio de interés general a la sociedad.

Así la administración pública erigida por los principios de la función pública, debe garantizar a toda costa que la prestación del servicio, sea la que sea la entidad, debe hacerse de forma apropiada y competente.

Por lo anterior es relente mencionar que la Corte Constitucional ha tenido varios pronunciamientos respecto a la función pública. En sentencia C-629 del 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) se pronunció de la siguiente manera:

[...] Cabe recordar que la organización administrativa del Estado tiene a su cargo, primordialmente, el ejercicio de la función administrativa estatal, la que, de conformidad con lo prescrito en el artículo 209 de la Constitución Colombiana “...*está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones*”.

En ese orden de ideas, la búsqueda y logro de los intereses generales, evidentemente, impone a las autoridades una gestión objetiva que debe encauzarse mediante la observancia entre otros, de los principios enunciados en el artículo constitucional transcrito [...] (pág. 26)

Como también en Sentencia C-631/96 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), la alta corte indica sobre la función pública:

Implica el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines.

Se dirige a la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, en sus diferentes órdenes y, por consiguiente, se exige de ella que se desarrolle con arreglo a

unos principios mínimos [...], que permitan asegurar su correcto y eficiente funcionamiento y generar la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante la comunidad. (pág. 1)

Así, en concordancia con el interés general se debe garantizar la prestación del servicio con el fin de poder satisfacer el interés general y los fines propios del Estado Social de Derecho. Por ello la administración misma se ha permitido desarrollar la discreción administrativa. Ahora dicha decisión como bien se indicó en el primer capítulo, es una libertad que puede ser usada para garantizar la prestación del servicio en sí y la cual no es absoluta, tiene unos límites, pese que la ley los otorgue.

Ahora bien como una facultad de la administración pública, dicha institución debe regirse por los principios de la función pública, y adicional, se encuentra amparada por la ley. El ordenamiento jurídico colombiano respecto a esta institución en normas como por ejemplo la ley 2400 de 1968, la ley 65 de 1997, el Decreto 01 de 1984, derogado por la ley 1437 de 2011, reconocen la discrecionalidad de la administración como nominador, de poder declarar la insubsistencia de un nominado o servidor público que no esté en carrera, sin motivar la providencia, por la cual, ejerció dicha función.

Ahora, la teoría de la discrecionalidad administrativa, a la luz de nuestra Constitución Política, permite ejercer dicho control siempre y cuando no incurra en una arbitrariedad y/o en un desvío de poder contrarios a los principios de la función pública.

Por ejemplo en Sentencia SU-910 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), la Corte Constitucional reunió varias acciones de tutela referentes a los cargos en provisionalidad respecto a la declaración de insubsistencia de manera discrecional de la entidad nominadora ,

donde se realizaban las prestaciones del servicio por parte de los servidores públicos en provisionalidad o nominados.

Así la Corte, en esta providencia refirió lo siguiente:

La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aún cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 84 del CCA (pág. 2)

En otro pronunciamiento, la Corte Constitucional en sentencia C- 573 de 2013, se refirió al tema del manejo de la discrecionalidad de la administración respecto a la Policía Nacional, vulnera el artículo 13 superior, pues si bien en la legislación colombiana existen diferentes normas que regulan la discrecionalidad de los retiros para los miembros de las fuerzas militares o de policía, todas ellas preceptúan que para retirar del servicio activo por facultad discrecional a los miembros de la Fuerza Pública es necesario que exista una recomendación del Comité de Evaluación para el caso específico, mientras que la disposición acusada (siendo la norma demandada Decreto 1793 de 2000, “Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”) no exige dicho requisito, en dicho providencia se pronunció así:

[...] se observaba que el retiro discrecional se justificaba por razones del servicio y, para preservar este, se requería de un medio especial sin que ello implicase la extralimitación de atribuciones.

Desde esa época, se advertía que el uso de la facultad discrecional no podía desconocer “(...) los requisitos de racionalidad y razonabilidad que deben acompañar todo acto discrecional (...).

Para la Corporación, la discrecionalidad presenta “(...) dos elementos uno, la adecuación de la decisión a los fines de la norma que autoriza la facultad discrecional, y otro, la proporcionalidad con los hechos que sirvieron de causa (...)”. [...] (pág. 30)

Con lo anterior, debe decirse que la jurisprudencia ha dejado claro que en cualquier caso que se presente un respectivo uso de la facultad que tiene mediante la discrecionalidad, debe respetar siempre los presupuestos axiológicos o de acuerdo a los principios exigidos en la función pública, y que toda ley o demás normas que devenga a regular el caso en particular debe respetar dichos principios, pues deviene de la Constitución Política, conocida como la normas de normas. Adicional a ello, los requisitos de racionalidad y razonabilidad deben estar presentes en todo acto discrecional para no atentar y vulnerar la Constitución Política.

3.2 La teoría de la Discrecionalidad en la Insubsistencia dentro del Ordenamiento Jurídico Colombiano

Antes de entrar a hablar propiamente de la teoría de la discrecionalidad, es pertinente primero referirse a la insubsistencia. Una definición en boca de Diego Younes:

La declaratoria de insubsistencia es una medida, prevista por nuestra legislación, en favor de la administración y como tal amparada por la presunción de legalidad. Pero tal presunción es desvirtuable, probando que el acto de insubsistencia se hizo con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario que lo expidió, situación que se da cuando el agente que la decreta persigue fines contrarios a los del buen servicio, que son obviamente los que deben perseguir las autoridades investidas de esta facultad (pág. 404)

La teoría de la discrecionalidad, como bien se ha dicho debe regirse dentro de los principios de la administración pública, debido a que es facultad de la administración misma para poder, sin motivación alguna y a partir de una presunción legal, remover del cargo al servidor público que no sea de carrera, como por ejemplo los de libre nombramiento y remoción.

Así por ejemplo Jaime Orlando Santofimio, importante tratadista sobre el tema define la discrecionalidad administrativa de la siguiente manera:

La discrecionalidad administrativa no es sinónimo de "arbitrariedad" (en su concepción clásica u originaria de por sí era arbitraria, al permitirse total libertad a la administración y considerarse por eso mismo incontrolable ante los tribunales contencioso administrativos); el funcionario ejecutor de una potestad de esta naturaleza, se encuentra evidentemente sometido a los extremos en causantes determinados en la Constitución, la ley, y la finalidad específica del bien común que debe buscar toda ley y perseguir toda actuación de la administración pública (1994, pág. 108)

Las normas en Colombia que regulan la materia son propiamente el Decreto con fuerza de ley 2400 de 1968, el Decreto 1950 de 1973, Decreto 1572 de 1998 y la ley 909 de 2004.

La primera norma, el Decreto ley 2400 de 1968, Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones; Es de las normas que estructuralmente son creadas con la reforma administrativa de 1968 (Perdomo, 2004). Dicho decreto, Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones, definió de manera clara en su artículo 26, una idea de la insubsistencia como se trae a colación:

El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad

nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que no lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Los nombramientos de empleados de carrera sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera.

Ante la promulgación de esta ley, dentro de la teoría administrativa, fue la primera regulación a la carrera administrativa propiamente dicha, y que definió ya un primer esbozo de la discrecionalidad administrativa por medio de la insubsistencia.

Al analizar el artículo en sí, es notorio un primer criterio de no motivación y que es acorde a la Constitución Política y partiendo de una presunción legal que debe ser observada en la hoja de vida del funcionario.

Por ello es interesante que, a futuro por medio de la Corte Constitucional, ese criterio discrecional que explica la no motivación del acto administrativo como tal fuera retomado y aplicado de manera sistemática a los casos de insubsistencia en cargos de libre nombramiento y remoción.

La siguiente norma, fue el Decreto 1950 de 1973, por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil, fue como bien lo indica su nombre, la regulación en específico de las normas en mención.

Al analizar la norma, se interpreta de ella una regulación en particular hacia la carrera administrativa y demás situaciones administrativas.

Por ejemplo, el artículo 107 de dicho decreto, fue claro al definir la insubsistencia sobre qué tipo de servidores públicos, caso contrario al Decreto Ley 2400 de 1968, que solo concebía a los servidores públicos que no estuvieran en carrera.

El artículo en mención, regula dicha situación administrativa de la insubsistencia de la siguiente manera: “En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.”

Vale la pena aclarar que el inciso segundo de este artículo que exponía lo siguiente: "En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña". Fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto del 10 de abril de 1987.

Ahora bien, el artículo en mención establece quienes son sujetos de la discrecionalidad de la administración en referencia al cargo público que ejercen y del cual son retirados sin la necesidad de previa motivación. Esta norma fue especialmente clara en resaltar al igual que el Decreto Ley 2400 de 1968, que no debía existir la motivación como tal, sino una presunción legal.

Teniendo en cuenta que dichas normas legales sobrevivieron el cambio constitucional fruto de una asamblea nacional constituyente y con la cual, en Julio de 1991², se dio vida a una nueva Constitución, garante de los derechos humanos y la dignidad humana. Estas normas sobrevivieron dicho trámite legislativo, teniendo sus efectos jurídicos a la luz de una nueva constitución.

Pero pese a ello, la necesidad de ajustar normas que estuvieran en concordancia con la nueva Constitución Nacional, llevó a emitir el Decreto 1572 de 1998, por el cual se reglamenta la Ley 443 de 1998 y el Decreto - Ley 1567 de 1998, siendo el primero decreto en mención derogado por la ley 909 de 2004.

² Para mayor información sobre la Asamblea Nacional Constituyente, remitirse a: http://centromemoria.gov.co/wp-content/uploads/2014/11/La_constituyente_de_1991.pdf

El Decreto 1572 de 1998, regula el ingreso al servicio público en los empleos de carrera de las entidades y organismos a los cuales se aplica la Ley 443 de 1998, la permanencia en ellos y el retiro del servicio.

Por ello nuevamente entró a regular la insubsistencia administrativa dentro del marco de las diferentes formas de vinculación con la administración pública, ya fuera por carrera administrativa como los que no. Ahora esta normativa logró regular las diferentes formas de vinculación a la administración pública evidenciando una regulación propia para cada forma: 1) Del encargo y del nombramiento provisional (aplicada también para los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, 2) Para la carrera administrativa respecto al período de prueba y 3) Del retiro del servicio para la carrera administrativa.

En particular esta ley logró definir de manera más tácita las formas en que la administración podía declarar de manera discrecional la finalización de la prestación del servicio por medio de la insubsistencia, pero de acuerdo a unas causales taxativas, que en teoría, pretendían ser una garantía de legalidad para el quien fuese declarado insubsistente.

Pero aun así el cambio sustancial fue que respecto al retiro del servicio para la carrera administrativa debía existir motivación por parte del jefe de la entidad, respecto a las siguientes condiciones: en firme una calificación de servicios no satisfactoria, en la evaluación del desempeño laboral, de carácter ordinario o extraordinario, el nombramiento del empleado de carrera así calificado.

Ahora si se realiza la comparación con lo que se venía aplicando en referencia hacia la declaración de insubsistencia no motivada, se encuentra que este Decreto responde al artículo 125 superior, el cual esgrime lo siguiente:

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.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Por lo anterior es claro que ya la propia Constitución define cuales son las formas de ingresar a la administración y de qué forma. Pero al continuar con el resto del artículo encontramos que el primer conflicto normativo en la aplicación de motivación en la declaración de insubsistencia de un servidor público a partir de la discrecionalidad de la administración, sin importar su calidad con la que ingresó (provisionalidad, libre nombramiento y remoción, carrera administrativa).

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. (Subrayado fuera del texto)

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

Por ello, se colige la existencia de un conflicto jurídico, por un lado el Decreto 1572 de 1998 permite motivar las decisiones respecto a los servidores públicos pero a su vez, la Constitución faculta el uso de demás causales previstas en la misma carta magna como en la ley, así

facultando al Decreto Ley 2400 de 1968 y el Decreto 1950 de 1973 para continuar con sus efectos jurídicos.

Ya analizando la jurisprudencia de la época, la Corte Constitucional profirió varias sentencias donde de manera magistral, logra dilucidar dicho conflicto normativo. Por ejemplo sentencia SU – 250 de 1998, que en idea general, logra indicar que la motivación de los actos administrativos que declaran la insubsistencia de los servidores públicos responde a los criterios del Decreto Ley 2400 de 1968, en que la motivación puede ser concurrente o posterior (pág. 28), y que este elemento daba la validez suficiente de una motivación a los luz del principio de publicidad de la función pública (Artículo 209 Superior), pero que ante todo había una excepción y esta fue la que se plasmó mediante el Decreto 1950 de 1973:

Pues bien, como se trata de algo excepcional, esos empleos de libre nombramiento y libre remoción tiene que señalarlos taxativamente el legislador. Obedecen a una relación subjetiva porque la escogencia del colaborador se hace por motivos personales de confianza o por razones ligadas a plasmar y ejecutar una política (p. ej. ministros del despacho, directores de entidades descentralizadas, etc.) estableciéndose una relación “*in tuitu personae*” entre el nominado y el nominador (pág. 29)

Lo que se llega a concluir es que la Constitución misma permitió dar la aplicación a las normas vigentes para el momento llegando a su confusión interpretativa, que logró resolverse por vía jurisprudencial. Demostrando que los cargos de libre nombramiento y remoción respondían a un interés político, mientras que los de carrera administrativa son cargos enfocados a la prestación del servicio de la entidad, y por ende deben ser motivados los retiros de la entidad.

Además otra jurisprudencia relevante es la C-734 de 2000, la cual logra aportar otra perspectiva la no motivación de los actos administrativos de los servidores públicos de libre

nombramiento y remoción, es en referencia a la diferencia entre la discrecionalidad relativa y absoluta.

La discrecionalidad absoluta la define “como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo.” (pág. 1), mientras que la discrecionalidad relativa:

en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional. (pág. 1)

La consecuencia directa de dicha confusión interpretativa de la norma, llevó al legislador a replantear la forma en que se aplicaba en la administración pública la declaración de insubsistencia o no de los servidores públicos en especial de libre nombramiento y remoción, por ser declarados insubsistente de manera discrecional por la misma administración.

Este debate conllevó a legislar y promulgar la ley 909 de 2004, la cual derogó todas las disposiciones anteriores y que le fueran contrarias.

Al analizar esta ley, regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones respecto a la administración pública.

Así el artículo 41 de la ley en mención, en todo su contenido logra aclarar la confusión interpretativa que daba la Constitución Política. Pero lo que es pertinente para el estudio que se

lleva a cabo, es lo que se encuentra en el párrafo segundo. Así, dicha normativa expone lo siguiente:

Parágrafo 2°. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

Norma que aplicada ya a la realidad, logró aclarar de forma contundente la interpretación propia del artículo 125 superior. Alcanzó a sintetizar la forma en cómo debía ser aplicada la norma para aquellos casos en particular referentes si era de carrera administrativa o si era de provisionalidad.

Con ello sobrevino una interpretación normativa nuevamente, si la promulgación de dicha ley era causante de una violación de derechos de forma sistemática, pues al no permitirse una regulación a la discreción administrativa respecto a los actos administrativos no motivados, se caería en una grave contradicción al Estado Social de Derecho, por la vulneración de los principios de la función pública, como al presupuesto del debido proceso amparado en el artículo 29 superior.

El Consejo de Estado, con sus propias jurisprudencias, por ejemplo a través del radicado 3088 del 26 de julio de 1990, había dejado claro los límites de la discrecionalidad administrativa, respecto a la declaración de insubsistencia de los servidores públicos asignados por libre nombramiento y remoción.

Así, la alta corte se pronunció que la insubsistencia es una facultad discrecional que debe llevarse a cabo sin requisitos ni condiciones, pero aún así hay una excepción:

[...]siempre obedece a algún motivo que la Administración no está obligada a expresar en el acto en que la declara; y si lo manifiesta, esa manifestación no acarrea por sí sola vicio que invalide el acto, a menos de probarse que tal motivo no existió o no se ajusta a la verdad, puesto que así podría llegarse a la desviación de poder por parte del funcionario que inventa motivos o los desfigura para separar del servicio a un empleado sin tener en cuenta el fin primordial para el cual se concedió la facultad de nombrar y remover libremente. (pág. 1)

Como conclusión, respecto a un análisis legal y jurisprudencial, la declaración de insubsistencia no motivada respecto a los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, es visible que la administración pública respondiendo a los principios constitucionales del artículo 29, 125 y 209, construye toda la teoría administrativa necesaria para demostrar que la ley misma se ha establecido bajo el criterio constitucional y ha erigido una normatividad ordinaria que no contraria ni la Constitución Política ni el ministerio de la ley en sí.

3.3. Confrontación entre la teoría del Estado Social de Derecho y la teoría de la discrecionalidad administrativa respecto a la declaración de insubsistencia no motivada en empleados de libre nombramiento y remoción.

Ya con los suficientes insumos, y como se dijo anteriormente, la administración pública está regida por lo principios de la función pública. La teoría del Estado Social de Derecho recordemos que parte de unos presupuestos axiológicos conocidos como principios los cuales son las bases, las directrices, los caminos, que definen el paso a seguir legal y jurídicamente del Estado.

Estos principios son la construcción de un Estado intervencionista, donde deja de prevalecer los intereses normativos (como los criterios de validez) y se da prioridad a la importancia material (como la justicia) tal como afirma la sentencia T- 402 de 1992.

Y aunque la idea no es entrar a analizar minuciosamente la realidad y el contexto en el que Colombia concibió el estado social de derecho, lo cierto es que

El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política (pág. 8)

Estos derechos alcanzados tales como los de segunda y tercera generación, eran aquellos derechos que permitían la participación ciudadana, el reconocimiento del trabajo, la huelga y demás derechos sociales, como derechos del hombre y que debían protegerse. Para el caso en concreto se resalta la división en la tri-partita de los poderes del estado como la autonomía administrativa a nivel territorial.

Al continuar analizando esta sentencia se evidencia un elemento más que puede servir a entender el estado social de derecho, y son los efectos causados por la idea social dentro de un estado de derecho:

Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede

ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. (pág. 8)

Así en la búsqueda de la aplicación de justicia, el estado social de derecho propende por la igualdad y la libertad.

Ahora si se analiza ese punto en particular, en relación con los servidores públicos declarados insubsistentes por la discreción de la administración respecto a sus actos administrativos que no deben ser motivados respecto a la carrera administrativa, sería una contradicción al principio de la igualdad, porque se supone que la igualdad se predica para todos los sujetos que están en sociedad y permitir, que uno sujetos tengan unos condiciones favorables a unos y adversas a otros logran desvirtuar el Estado Social de Derecho en uno de sus principios.

En apariencia tal vez lo es, pero si se ve desde el ejercicio propio que tiene cada jurisdicción dentro de la pirámide de Hans Kelsen (2000), cada jurisdicción es tan autónoma de erigir sus normas siempre y mientras no contraríen la Constitución Política.

En ese caso la no motivación de un acto administrativo responde sencillamente por las calidades de los sujetos sobre los cuales es destinatario dicha medida, pues como se explicó anteriormente un servidor público en libre nombramiento y remoción ejerce funciones de dirección y confianza dentro de una entidad, o tiene un grado de experticia en un arte o saber, que debe ser asignado de esa forma, por la forma transitoria de sus funciones, ya que en algún momento las condiciones por las que se llamó desaparecen, y por ello no es necesario motivar de manera explícita pues colige con una presunción legal, la cual es susceptible de desvirtuar.

Ahora bien la sentencia T-686 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) define de manera más técnica la relación de confianza que debe existir entre quien ocupa el cargo, y quien otorga el cargo en representación de la administración, debido a que si es cierto que la relación entre estos cargos responden por razones políticas como más adelante se explicara:

La confianza es un criterio subjetivo relevante no solo para establecer si un cargo es de libre nombramiento o remoción, especialmente en aquellos empleos de cualquier nivel jerárquico que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, sino también para determinar el ingreso y la permanencia en el cargo del respectivo servidor público. (pág. 2)

Así la designación de personas en empleos de libre nombramiento y remoción, parte de la relación de confianza que conlleva un aspecto subjetivo, que por ello mismo llevan a definir la forma de desvinculación con la administración, así la jurisprudencia en mención refiere al caso de la siguiente manera:

Los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida en que la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza. En consecuencia, la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que con ello se vulnere ningún derecho fundamental, siempre y cuando no se produzca arbitrariedad. (Corte Constitucional, 2014, pág. 2)

La desvinculación por un aspecto subjetivo, como la confianza, es justificación suficiente para desvincular de la administración al servidor público que haya sido seleccionado mediante la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción, continuando con la sentencia T.686 de 2014:

Siendo la confianza un factor determinante a la hora de vincular funcionarios en cargos de libre nombramiento y remoción, su pérdida constituye una razón justificada para que la administración de por terminada la relación laboral con el empleado público y de esta forma garantice tanto la prestación del buen servicio como la satisfacción del interés público. En ese entendido, cuando la decisión de insubsistencia es consecuencia de actuaciones del servidor que contribuyeron a que su nominador perdiera la confianza en él, el acto no puede catalogarse como arbitrario o dictado con desviación de poder. (pág. 2)

Lo interesante de este asunto, es que la calidad de la asignación del cargo parte en primera medida ,de un grado de confianza entre el representante de la administración pública y quien va ser nombrado y desempeñará el cargo de servidor público libre nombramiento y remoción. Una apreciación que se puede deducir de esta lectura mínima jurisprudencial es que es entendible el carácter tan subjetivo que tiene la administración para el manejo de los cargos o vacantes de sus entidades, responde a la poca flexibilidad que tiene una persona al ingresar a la administración pública y más en calidad de libre nombramiento y remoción.

Adicional las funciones de los cargos en libre nombramiento y remoción responden también a condiciones políticas y a las necesidades de servicio, y por ello la desvinculación puede hacerse sin la motivación, porque como las características mismas de las funciones del cargo a realizar, por su confianza o competencia, y a causa de la falta de alguna de ellas, lleva a que se declaren insubsistente por la prevalencia del interés general y el bienestar colectivo que deben propender asegurar la administración pública con sus administrados.

Con lo anterior, ha de mencionarse que a la luz del debido proceso, puede presentarse una vulneración del derecho de contradicción y defensa por la no comunicación del acto

administrativo, y así contrariando el principio de publicidad de la función pública, y a su vez del Estado Social de Derecho.

En ese sentido, también hay que aclarar que pese no hayuna comunicación personal, el hecho de motivar posteriormente como lo permite el Decreto Ley 2400 de 1968 o no hacerlo como expone el Decreto 1950 de 1973, generan un situación de presunción legal, la cual si es posible desvirtuar de manera precisa por cualquier causal de nulidad de acuerdo a la situación en concreto.

Muestra de lo anterior es por ejemplo una jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Radicado número: 170012331000200301412 02(0734-10) (M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila), donde se expone lo siguiente:

No obstante lo anterior, por ser presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a infirmarla. Tal presunción surge de la aplicación del principio de legalidad, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la Ley y los Reglamentos, y "opera en el quehacer de la administración pública imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a las reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia. (pág. 16)

Con ello los servidores públicos gozan de poder del derecho o facultad dedesvirtuar de aquello de lo que se les acusa, por encontrarse la administración estatal inmersa en el principio de legalidad como un elemento rector y constituido a partir del artículo 29 superior.

Quien se encuentre envuelto en una declaración de insubsistencia, puede alegar alguna de las causales de nulidad del acto administrativo, ya sea la desviación del poder o falta de

motivación por ejemplo, pudiendo ejercer una defensa. Para este caso continuando con la jurisprudencia tratada:

El fenómeno de desviación de poder se puede presentar, aun en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico; por consiguiente, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio. (pág. 17)

En razón de lo afirmado, se permite utilizar medios de defensa a quien se encuentre inmerso en una insubsistencia, así el derecho de contradicción y defensa está garantizado de forma debida la protección constitucional que lo ampara el artículo 29 superior.

Ahora bien la declaración de insubsistencia, posiblemente puede vulnerar derechos subjetivos exigibles por el trabajador, como ya se había mencionado, derecho al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada.

Respecto a esto la Corte Constitucional también ha tenido un manejo amplio respecto del trabajo de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, por ello, en sentencia C-112 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), respecto al caso en particular de un agente del DAS que demanda el Decreto 2149 de 1989 por vulnerar la estabilidad laboral que tienen bajo la protección o fuero que tiene por ser Agentes del DAS, se aclaró que son labores de libre nombramiento y remoción tal como lo ordenaba la ley. Pero la pertinencia de esta providencia radica en lo siguiente:

la estabilidad “entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo”, es plena para los empleos de

carrera pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción, “pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder. (1999, págs. 11-12)

Por lo anterior, los servidores públicos nombrados por libre nombramiento y remoción, tienen un grado de dependencia por su naturaleza misma, con la entidad nominadora, y si no pueden cumplir con los perfiles que exige la entidad para el cargo, puede de manera discrecional la misma terminar la relación o vínculo laboral. Caso contrario de los de carrera administrativa, tal como expone Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P Alfonso Vargas Rincón:

La carrera administrativa es un sistema de administración de personal que tiene por finalidad escoger, en beneficio del servicio público, el aporte humano más capacitado y calificado para desempeñar la función pública. En ese sentido, el proceso de selección es la herramienta de escogencia, y el mérito, es el pilar fundamental en la superación de las etapas que lo conforman, y solamente el sometimiento y aprobación satisfactoria de ello, es la condición necesaria para ser nombrado y para predicar los derechos que le otorga la carrera administrativa, entre otros, una mayor estabilidad en el empleo. (pág. 3)

Lo distinciones enunciadas, suponen una muestra más de que la calidad del servidor público en carrera administrativa tiene unas garantías debido a que no parte de aspectos subjetivos como la confianza, sino de su esfuerzo y dedicación, por lo cual debe tener una protección mínima como lo es, la motivación de su acto administrativo cuando se pretenda desvincular de la administración pública.

Respecto a la estabilidad reforzada de los servidores públicos del libre nombramiento y remoción, no se presume dado la objetividad propia de sus labores y de la discrecionalidad con la que cuenta la administración frente a ellos (pág. 12)

Frente a este punto existe una discusión bastante abierta respecto a si hay una vulneración por la preferencia del interés general sobre el particular.

La forma como se ha tomado el tema ha llevado a mencionar el principio de proporcionalidad dentro de la administración pública para respetar el mínimo de los derechos fundamentales de un trabajador dentro de la misma administración estando en calidad de libre nombramiento y remoción. Al hablar de *proporcionalidad* (Sarmiento, 2007, pág. 106) implica referirse a tres juicios distintos: el de adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto.

El juicio de adecuación consiste en comprobar el grado de coherencia y eficacia que tienen los medios dispuestos por el acto jurídico respectivo para alcanzar las finalidades definidas por el ordenamiento jurídico.

Por su parte, el juicio de necesidad es conocido como el juicio de la medida menos restrictiva (Sarmiento, 2007, pág. 190) y consiste en una comparación entre la decisión adoptada por la Administración y la existencia de otras opciones o alternativas menos restrictivas e igualmente válidas y eficaces para lograr las finalidades de interés general y las necesidades del buen servicio a cargo de la función pública.

El tercer juicio, esto es, el de proporcionalidad *en sentido estricto* (Sarmiento, 2007, pág. 206), cabe indicar que mediante este se examina si la decisión administrativa puede ser susceptible de un balance entre medios y fines, de modo que se valoren los beneficios del interés público y el coste del sacrificio de los derechos involucrados.

Estos juicios de proporcionalidad son usados básicamente para poder realizar una ponderación entre los derechos como trabajador de la entidad pública, y los intereses propios de la administración por asegurar el bien de la comunidad y de la sociedad en general.

El avance jurisprudencial ha marcado directamente que en esta discusión gire en torno a la designación por el interés general sobre el interés particular de los sujetos que, por medio de la figura de insubsistencia son desvinculados de la administración.

Un ejemplo respecto a esta discusión, la Corte Constitucional en Sentencia C – 022 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), se pronunció referente al principio de proporcionalidad de la siguiente manera:

el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. (pág. 2)

En este debate no se entra a analizar de fondo porque no es el problema de investigación propiamente dicho, pero con lo anterior la Corte Constitucional ha podido justificar de manera clara la prevalencia del interés general, el bienestar general para la comunidad, respecto de los derechos del trabajador desvinculado de la administración debido a que no hay forma menos onerosa de sacrificar un principio constitucional con el hecho de lograr un fin válido como lo es la administración público y la prestación de sus servicios.

Ahora bien para concluir respecto a la problemática de investigación de cuál es la constitucionalidad de la discrecionalidad en las declaraciones de insubsistencia de empleados de libre nombramiento y remoción a partir de la teoría del Estado Social de Derecho , no hay duda alguna que la no motivación para declarar la insubsistencia de un servidor público por medio de la discrecionalidad de la administración, no contraria la Constitución Política ni tampoco vulnera los principios constitucionales que rigen a la administración pública y al estado social de derecho, en razón del carácter subjetivo que tiene los trabajadores en esa condición respecto a la administración, y por la las grandes limitaciones que tiene la “*discrecionalidad*” administrativa respecto al emitir un providencia de insubsistencia no motivado.

Por ello y todo lo demás descrito en este trabajo respecto a aspectos constitucionales, legales, jurisprudenciales, doctrinales y el desarrollo propio de las categorías conceptuales, no se vulnera la Teoría del Estado del Derecho, por el contrario se logra plasmar la magnitud que tiene el ordenamiento jurídico dentro de los presupuestos constitucionales como legales.

Conclusiones

Dentro de las formas de vinculación a la administración, se encuentra la figura de libre nombramiento y remoción que es definida y amparada por la constitución y la ley, los servidores que ingresan bajo esta modalidad son nombrados de manera transitoria o definitiva dependiendo de las labores que lleguen a efectuar, en este orden de ideas, esta figura es también la base de hechos históricos como la Revolución francesa y hace parte de lo que actualmente se encuentra en la administración pública.

La problemática en esta modalidad de vinculación recae en la declaratoria de insubsistencia que consiste en un acto administrativo que remueve a los funcionarios que han sido cobijados bajo esta figura de libre nombramiento y remoción y de la cual se ha presentado diversa jurisprudencia que cuestiona la discrecionalidad administrativa, en la declaratoria de insubsistencia ya que esta puede llegar a vulnerar derechos.

Desde las diversas potestades que tiene la administración pública, está la del libre nombramiento y remoción, por lo que está en todo los escenarios y debido a que se deriva de una subjetividad de quien emplea esta forma de vinculación de empleados públicos, no se puede prever el resultado del manejo y el empleo de esta figura jurídica, por lo que de la misma se derivan diversos escenarios que deben contemplarse de manera imparcial desde los postulados constitucionales y desde la función social del estado que brinda garantías y ofrece diversos servicios a la sociedad, lo anterior con el fin de construir y fomentar como promover la prosperidad general de la comunidad.

El acto administrativo que respalda la figura del libre nombramiento y remoción, debe estar sometido al principio constitucional de legalidad, en la decisión que es tomada mediante

este acto, en este sentido la potestad subjetiva en la cual se ponderan ciertas circunstancias, no permite que se cumpla estrictamente este precepto constitucional, ya que de manera parcial, está fundamentando la legalidad de los actos bajo criterios que se derivan de la subjetividad y que en algunos casos no demuestran de manera objetiva una razón fundamentada para acudir a esta figura.

En este orden de ideas como no hay una regulación expresa de las causales que son consideradas como motivadas y las que no para fundamentar el libre nombramiento y remoción en este tipo de actos, la ausencia de un precepto normativo expreso le da apertura a la discrecionalidad, dicha discrecionalidad enfrenta una diversidad de riesgos para los servidores que son vinculados por libre nombramiento y remoción, puesto que la ley habilita para actuar de manera libre, pero esta libertad debe tener un límite desde una perspectiva legal y constitucional que aplaque los alcances de las decisiones que son tomadas de forma apresurada o deliberada y que pueden representar algún tipo de arbitrariedad.

Como las decisiones pueden ser catalogadas de arbitrarias sin serlo en este tipo de casos, se entendió para este documento la arbitrariedad en la declaración de insubsistencia a aquellas que transgreden preceptos constitucionales y legales, que evidencian actos contrarios a derecho que no permiten una administración adecuada de lo público ni de la prestación de servicios a la comunidad, que por ende generan desconfianza en el manejo interno de los actos administrativos, como lo es la falta de fundamentación y su exigibilidad por parte de alguna figura jurídica que determine de manera expresa los alcances de las facultades que se derivan de la discrecionalidad.

Cabe anotar en este punto que han sido diversos los avances en la legislación nacional para reducir la discrecionalidad y por ende, obstruir los espacios que permiten de manera

indiscriminada actuar bajo la potestad propia sin un control de las decisiones, de esta manera la discrecionalidad preexistente debe ser basada en la constitución y la ley, ya que está subordinada por una normativa superior y no puede pasar sobre la misma, es decir, la discrecionalidad está sujeta a las estipulaciones normativas, en este sentido, las diversas teorías que se han ocupado de definir y/o explicar la naturaleza y elementos de la discrecionalidad, como una actividad realizada por los funcionarios que hacen parte de la administración, en primer lugar, difieren a menudo de los conceptos a priori que fijan su punto de partida y el rumbo que debe tomar; y en segundo lugar, estas han influido en las tesis que adoptan los juristas en cuanto a la ciencia política y disciplinas afines, generando un inconsciente colectivo a partir del método jurídico y de la interpretación que se puede proporcionar a partir de la teoría general del derecho.

Conforme a lo anteriormente expuesto, la discrecionalidad administrativa entonces encuentra su dicotomía en las teorías que indican que los actos de la declaratoria de insubsistencia pueden ser o no motivados, transgrediendo la naturaleza misma de los actos administrativos ya que todos los actos deben ser motivados y reflejar sus efectos, por lo cual se evidencia una arbitrariedad y transgresión a los diversos derechos del empleado que se acogió a este tipo de vinculación como lo es la del libre nombramiento y remoción ya que por un lado, puede ser removido sin una causal de fondo lo que genera un estado de inseguridad jurídica para los derechos de ese empleado y por el otro se evidencia que no hay cumplimiento del debido proceso que es amparado constitucionalmente, como otro tipo de derechos que se derivan de esta declaración que son los derechos conexos como la salud, la educación, alimentación, vivienda, entre otros.

En efecto, las implicaciones jurídicas y sociales encontradas alrededor del texto son diversas y mostraron ciertas inconsistencias en lo que respecta a los mandatos constitucionales y

la constitución de este tipo de hechos en un estado social de derecho como lo es el de nuestro país, ya que en primera medida se vulneran diversos derechos de origen constitucionales de manera directa como lo es el derecho al debido proceso, la ausencia de elementos en lo que se refiere al acto administrativo y por otro lado está la dimensión social y los efectos que tiene la declaratoria de insubsistencia que carece de motivación y que afecta la subsistencia del trabajador y los aspectos que la rodean, además que al constituirse nuestro estado como un estado social de derecho el objetivo principal es la sociedad y el amparo de sus derechos desde las herramientas que brinda la constitución y la ley.

Los diversos debates sobre este tema por parte del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, tienen ciertas divergencias en lo que se refiere a una unificación de criterios de la motivación que debe tener la declaratoria de insubsistencia, pero más allá de estos debates y de los diversos criterios estudiados en el presente escrito se está frente a una vulneración directa a las garantías constitucionales que se le deben otorgar al servidor público que ha sido elegido bajo esta especial modalidad, en donde también se debe evaluar la legalidad de los actos, como que su fundamentación sea concluyente para acotar la declaratoria de insubsistencia.

BIBLIOGRAFÍA

Alemán Pardo, M. J. (2000). Acerca de las Diferencias entre Discrecionalidad y Arbitrariedad en la Actuación de la Administración. *Fundación Mariano Ruiz Funes*, 109-121.

Ariza Lopez, R. A. (2016). *Aplicación de la Discrecionalidad en la Policía Nacional de Colombia y su Relación con la Efectividad de la Misión Institucional y la Posible Vulneración de Derechos*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

Bernal, F. J. (2008). *Derecho Administrativo - Programa Administración Pública Territorial*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública.

Bonilla Castro, E., & Rodríguez Sehk, P. (2005). *Más allá del dilema de los métodos* (3 ed.). Bogotá e Hilo-Hawai: Universidad de los Andes - Grupo Editorial Norma.

C-1161, Sentencia de Constitucionalidad (Corte Constitucional 2000).

C-540, Sentencia de Constitucionalidad (Corte Constitucional Colombiana 1998).

Cassagne, J. C. (05 de 01 de 2017). *La Discrecionalidad Administrativa*. Obtenido de Universidad de la Rioja:
http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf

Constitución Política de Colombia. (26 de 01 de 2017). *Constitución Política de Colombia*. Obtenido de Alcaldía de Bogotá:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Consejo de Estado, 25000-23-25-000-2001-09480-01(2378-08) (Sección Segunda).

Consejo de Estado, 3088 (Contencioso Administrativo 26 de 07 de 1990).

Control de Constitucionalidad, C-112 (Corte Constitucional 1999).

Corte Constitucional , SU-910 de 2010 (2010).

Corte Constitucional, T-402 de 1992 (1992).

Corte Constitucional, C-631 de 1996 (1996).

Corte Constitucional, C-022 de 1996 (1996).

Corte Constitucional, SU-250 de 1998 (1998).

Corte Constitucional, C-734 de 2000 (2000).

Corte Constitucional, C- 629 de 2003 (2003).

Corte Constitucional, C-573 de 2013 (2013).

Corte Constitucional, T-686 (Sala Séptima de Revisión de tutelas 2014).

C-1161, Sentencia de Constitucionalidad (Corte Constitucional 2000).

C-540, Sentencia de Constitucionalidad (Corte Constitucional Colombiana 1998)

Díaz Quiñones, J. D. (2015). *Entre la Legalidad y el Ejercicio de Potestades Discrecionales en las Decisiones de Alta Políca Administrativa: Una Visión a Partir de la Distinción entre las Reglas y Principios*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Fernández Espinar, L. (2012). El Control judicial de la Discrecional Administrativa. La Necesaria Revisión de la Construcción Dogmática del mito de la Discrecionalidad y su Control. *Control Judicial de las Administraciones Pùblicas*, 211-258.

Hauriou, M. (1921). *Compendio de Derecho Administrativo*. París: Sirey

Henríquez Pinedo, M. e. (2009). *Cartilla Laboral*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública.

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado , C., & Baptista Lucio , P. (2006). *Metodología de la Investigación*. Mexico: McGraw-Hili.

Kelsen, H. (2000). *Teoría pura del derecho*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Unión Ltda.

Ley 1437. (2011). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Secretaría del Senado.

Ley 909. (2004). *Por la Cual se Expiden Normas que Regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa, Gerencia Pública y se Dictan otras Disposiciones*. Bogotá: Secretaría del Senado.

López Peña, E. L. (2013). *Discrecionalidad Aumentada Efecto del Concepto Jurídico Indeterminado en la Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia

.Malagón Pinzón , M. (2007). *Vivir en Policía: una contra lectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Marín Hernandez, H. A. (2009). Algunas anotaciones en Relación con la Discrecionalidad Administrativa y el Control Judicial de su Ejercicio del Derecho Urbanístico Colombiano. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 161-194.

Martínez Cárdenas, E. E., & Ramírez Mora, J. M. (2008). *Régimen del Servidor Público Programa Administración Pública Territorial*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública.

Maurer, H. (2008). Vinculación a la Ley, Discrecionalidad y Conceptos Jurídicos Indeterminados. En H. Maurer, *Introducción al Derecho Administrativo Alemán* (págs. 33-53). Bogotá : Universidad Santo Tomás.

Murillo Mena, J. (2014). *Las Facultades Discrecionales en el Estado Social y Derecho Colombiano: Una Aproximación a la Discrecionalidad Técnica Desde la Doctrina y la Jurisprudencia*. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario Facultad de Jurisprudencia.

Navarro, M. (2013). Discrecionalidad Administrativa. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* , 200-205.

Perdomo, J. V. (2004). REFORMA ADMINISTRATIVA DE 1968: ANTECEDENTES, TEORÍA DE LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO, SUS PRINCIPALES CONSECUENCIAS. *Universitas*, 317-318.

Pierry Arrau, P. (1990). *El Control de la Discrecionalidad Administrativa*. Valparaiso: Revista Chilena de Derecho No. 11.

Riaño Ospina, J. A. (2015). *La desviación del poder en el ejercicio de la facultad discrecional para el retiro de integrantes de las Fuerzas Militares de Colombia*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

Santofimio, J. O. (1994). *Acto Administrativo*,. Bogotá D.C. - Colombia: Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas Segunda.

Sarmiento, D. (2007). *El principio de proporcionalidad*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

T-111, Acción de Tutela (Corte Constitucional Colombiana 2014).

T-1365. (2005). *Acción de Tutela*. Bogotá.

T-610, Acción de Tutela (Corte Constitucional 2003).

T-928, Acción de Tutela (Corte Constitucional Colombiana 2004)

Valles, M. (1999). *Técnicas Cualitativas de Investigación Social. Reflexión metodológica y práctica profesional*. España: Síntesis S.A.

Vélez, S. E. (2007). Los límites a la corte constitucional como presupuesto para el mantenimiento del orden institucional: propuesta de control a partir de la teoría de los principios jurídicos y la metodología de la argumentación jurídica. *Opinión Jurídica*, 18.

Villoslada Gutierrez, M. (2013). *El Control de la Discrecionalidad*. Colombia: Universidad de la Rioja.

Younes, M. D. (2006). *Derecho Administrativo Laboral*. . Bogotá D.C. : Editorial Temis S.A.

