



LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA INSUBSISTENCIA RESPECTO DE LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA Y EL FUERO DE ESTABILIDAD EN LOS CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO O REMOCIÓN

Sebastián Díaz Pinilla¹;

Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8930-0584>

Sergio Daniel Castillo Toro²

Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3480-240X>

Fecha de Recepción: Enero 20 de 2022

Fecha de Aprobación: Abril 30 de 2022

RESUMEN:

Este documento busca resolver el interrogante ¿cuál son hermenéuticamente, los límites de la discrecionalidad en materia de actos administrativos relacionados con los cargos de libre nombramiento y remoción, con la discrepancia de las posturas de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en su motivación?, por medio del desarrollo del objetivo de evaluar hermenéuticamente los límites del principio de discrecionalidad de los actos administrativos de declaración de insubsistencia en fuero de estabilidad con los cargos del libre nombramiento y remoción, teniendo en cuenta la discrepancia de las posturas de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en su motivación. El tipo de investigación es descriptiva, con un enfoque metodológico funcionalista, por medio del método estudio de caso y una muestra no probabilística por conveniencia. El diseño metodológico se desarrolla por fases; se concluye que la motivación en los actos administrativos, la mayor transcendencia sería evitar abusos por parte de las autoridades administrativas y podría distinguirse más claramente la discrecionalidad.

Palabras clave: Declaratoria de insubsistencia, fuero de estabilidad, cargos de libre nombramiento y remoción, actos administrativos, límites de discrecionalidad

¹ Candidato a Magister en Derecho Administrativo de Universidad Libre de Colombia, Santa Fe de Bogotá-Cundinamarca, Colombia. Contacto: sebastian-diazp@unilibre.edu.co

² Candidato a Magister en Derecho Administrativo de Universidad Libre de Colombia, Santa Fe de Bogotá-Cundinamarca, Colombia. sergiod-castillot@unilibre.edu.co

LIMITS TO THE DISCRETION OF THE ADMINISTRATIVE ACTS DECLARING THE DISMISSAL OF THE CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE POSITION AND THE STABILITY PRIVILEGE IN POSITIONS OF FREE APPOINTMENT OR REMOVAL

Abstract:

This document seeks to resolve the question: what are hermeneutically the limits of discretion in the matter of administrative acts related to positions of free appointment and removal, with the discrepancy of the positions of the Constitutional Court and the Council of State in their motivation? by means of the development of the objective of hermeneutically evaluating the limits of the principle of discretionality of administrative acts of declaration of dismissal in the case of positions of free appointment and removal, taking into account the discrepancy of the positions of the Constitutional Court and the Council of State in their motivation. The type of research is descriptive, with a functionalist methodological approach, by means of the case study method and a non-probabilistic sample by convenience. The methodological design is developed in phases; it is concluded that the motivation in the administrative acts, the greatest transcendence would be to avoid abuses by the administrative authorities and could distinguish more clearly the discretionary nature of the administrative acts.

Key words: Declaration of dismissal, stability privilege, positions of free appointment and removal, administrative acts, limits of discretion.

LIMITES DO CRITÉRIO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAM A INSUBSISTÊNCIA COM RELAÇÃO AO POSIÇÃO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA E À JURISDIÇÃO DE ESTABILIDADE NAS CARGOS DE NOMEAÇÃO OU DEMISSÃO GRATUITA.

Resumo:

Este documento procura resolver a questão, quais são, hermeneuticamente, os limites da discricionariedade em matéria de atos administrativos relacionados com os cargos de livre nomeação e exoneração, com a discrepância das posições do Tribunal Constitucional e do Conselho de Estado na sua motivação? , por meio do desenvolvimento do objetivo de avaliar hermeneuticamente os limites do princípio da discricionariedade dos atos administrativos de declaração de insubsistência na jurisdição de estabilidade com os encargos de livre nomeação e destituição, levando-se em conta a discrepância dos posicionamentos do Poder Constitucional Tribunal e o Conselho de Estado na sua motivação. O tipo de pesquisa é descritiva, com abordagem metodológica funcionalista, por meio do método de estudo de caso e amostra não probabilística de conveniência. O desenho metodológico é desenvolvido em fases; Conclui-se que na motivação nos atos administrativos, a maior importância seria evitar abusos por parte das autoridades administrativas e a discricionariedade poderia ser distinguida com mais clareza.

Palavras-chave: Declaração de insubsistência, competência de estabilidade, cargos de livre nomeação e destituição, atos administrativos, limites de discricionariedade.

.

1. INTRODUCCIÓN:

A nivel nacional se ha tenido reconocimiento del principio de Discrecionalidad en los actos administrativos en vena de la función pública, sin embargo, se han establecido a partir de las diferentes posiciones de las altas cortes como la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, las desavenencias de posiciones entre estas, en razón si el acto discrecional está sujeto al fuero de estabilidad, adoptando una posición garantista por parte de la Corte Constitucional, con la desvinculación laboral en asistirse de motivación y por otro lado, un concepto legalista del fuero de estabilidad concedido por el Consejo de Estado, respecto a los actos administrativos, determinando que al momento de estar motivado este acto perdería su esencialidad.

A consecuencia de esta divergencia de conceptos, se plantea que, a partir de desconocer el fuero de estabilidad, en razón de la desmotivación de los actos administrativos, originando la posible vulneración de derechos y principios constitucionales procedente de extralimitaciones que recaen en los empleados públicos de cargos de libre nombramiento y remoción. A partir del ejercicio de la función pública y de la empleabilidad que nace a partir de derechos constitucionales y la Ley 909 de 2004, que regula del procedimiento del empleo público, la carrera administrativa y el asentamiento de los principios que regocijan la función pública (Congreso de la República de Colombia, 2004), y los conceptos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, respecto del principio de discrecionalidad y la necesidad o no de motivación de los actos administrativos en empleados públicos con cargos de libre nombramiento o remoción.

Por consiguiente, es menester conocer los actos administrativos en Colombia, su definición, interpretación y fuentes legales, para luego desarrollar, los actos discrecionales sobre cese laboral de funcionarios y trabajadores designados de libre

nombramiento y remoción en Colombia. Se deja una posición sobre si tales actos jurídicos, pueden superponerse a principios constitucionales para determinar si pueden ser autodeterminado, permaneciendo a discreción de la administración. Se hace referencia a la jurisprudencia en la Sentencia 734 de 2011 (Consejo de Estado de Colombia, 2011) y la Sentencia SU053 de 2015 (Corte Constitucional de Colombia, 2015a), que aclaran la posición de las dos altas Cortes sobre tales actos jurídicos.

Según el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado afirma la tesis que un empleado de libre nombramiento o remoción no requiere un acto de retiro motivado, ya que considera que dicha afirmación procede de una posición constitucional. Reitera esta Institución que el fundamento jurídico es el artículo 125 de la Constitución que adopta la desvinculación no motivada en cargos de libre nombramiento o remoción, que señala las causales de desvinculación laboral de los empleados de carrera, que por consiguiente los empleados de libre nombramiento o remoción ingresan de forma discrecional y no se amparan en dichas causales (Constitución Política de Colombia, 1991), siendo objeto el caso en controversia del actor supedito por el Gerente General del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales - INFIMANIZALES mediante Resolución No. 0183 D.F.A de 23 de octubre de 2001, para ocupar el cargo de Secretario General; posteriormente, se declare la insubsistencia a través de la Resolución No. 117 D.F.A. de 15 de agosto de 2003, sin tener en cuenta que ha cumplido sus funciones con aptitud, eficiencia, compromiso, sentido de responsabilidad y sin investigaciones disciplinarias, penales o tributarias.

Ahora bien, su declaración de insubsistencia por parte del demandante, no puede verse desde el punto de vista de la mejora del servicio, teniendo en cuenta las elevadas cualidades de este último; además, no ha sido sancionado por faltas contra la ética profesional o por violar el estatuto disciplinario a lo largo de su carrera profesional, en otras palabras, es importante determinar si una persona designada a través de libre

LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA INSUBSISTENCIA RESPECTO DE LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA Y EL FUERO DE ESTABILIDAD EN LOS CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO O REMOCIÓN

Sebastián Díaz Pinilla ;Sergio Daniel Castillo Toro

nombramiento y remoción, puede ser destituida sin motivación o solo con una motivación sucinta.

Al contrario, la Corte Constitucional divergente a la jurisdicción administrativa, menciona que los actos de desvinculación laboral de los empleados de libre nombramiento o remoción deben motivarse infiriendo el problema de la inseguridad jurídica de los empleados de libre nombramiento o remoción, respecto del principio de discrecionalidad que tienen sus empleadores en función pública deciden su desvinculación laboral.

A partir de la problemática de la competencia administrativa de ejercer la función pública y el concepto de las Altas cortes y su desviación del concepto, respecto a los límites de la discrecionalidad de los actos administrativos, surge el siguiente interrogante: ¿cuál son hermenéuticamente, los límites de la discrecionalidad en materia de actos administrativos relacionados con los cargos de libre nombramiento y remoción, con la discrepancia de las posturas de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en su motivación?.

De esta manera, la temporalidad estará descrita dentro del margen de la línea jurisprudencial de la jurisdicción contenciosa administrativa y la Corte Constitucional sobre la discrecionalidad de los actos administrativos en los empleados de cargo de libre nombramiento y remoción. Por tanto, la delimitación espacial está dentro de la vulneración de los principios constitucionales delimitados a los mandatos de la Corte Constitucional y la motivación de la actuación administrativa a la desvinculación laboral y el fuero de estabilidad.

Cabe destacar que, los empleados que se encuentran en cargos de libre nombramiento y remoción, como se indica en su nombre, son empleados susceptibles de ser libremente nombrados y removidos en ejercicio de la facultad discrecional que tiene la Administración para elegir a las personas, que ella misma considera

que poseen las calidades idóneas para cumplir con las funciones requeridas, toda vez que ocupan cargos de confianza y/o dirección dentro de la entidad, por tales circunstancias no cuentan con la plenitud de goce en la igualdad de condiciones a los servidores públicos de carrera (Murillo, 2014).

En sintonía con lo anterior, el objetivo de este artículo es evaluar hermenéuticamente los límites del principio de discrecionalidad de los actos administrativos de declaración de insubsistencia en fuero de estabilidad con los cargos del libre nombramiento y remoción, teniendo en cuenta la discrepancia de las posturas de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en su motivación.

2. METODOLOGÍA:

La investigación posee un alcance descriptivo mediante la indagación de las fuentes primarias y secundarias, como documentos científicos y actos administrativos consultados a través de la bibliometría, así mismo, se analiza desde el enfoque funcionalista, con el método de estudio de caso y la utilización de técnicas cualitativas (Martínez, 2006). Además, la presente investigación es documental y la constituyen puntualmente los límites del principio de discrecionalidad de los actos administrativos en los cargos de libre nombramiento y remoción, de los cuales se analizaron en complejo a través de guías de observación para poder corroborar mediante el análisis sistémico interpretativo si el principio de la discrecionalidad en la expedición de actos administrativos en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción debe contener límites al momento de vulneración de otros derechos y principios constitucionales.

Con base en la metodología empleada en este estudio se definen las siguientes características: a) tipo de investigación: descriptiva; b) enfoque metodológico funcionalista; c) método estudio de caso; d) tipo de la muestra: no probabilística por conveniencia.

Diseño metodológico. Con el propósito de lograr la interpretación y comprensión de los resultados a los interrogantes formulados se desarrollaron las fases planeadas en el diseño metodológico de esta investigación, así:

Fase documental. Se obtuvo información primaria y secundaria relevante para el objeto de estudio. Se efectuó la revisión bibliométrica de la investigación socio jurídica, se estudió el surgimiento de nuevos mandatos, los supuestos epistemológicos y las herramientas metodológicas que deben utilizarse para formular sobre la base de una construcción fáctica del derecho, es decir, así como se evalúa que las normas jurídicas ya existentes se cumplan en la realidad (Witker, 1997); también es factible detectar normas plenamente válidas pero que no son eficaces, tal y como ocurre en la presente indagación en donde hay normas que estipulan los deberes y principios con los que debería actuar el funcionario judicial pero que podrían verse afectadas gravemente a los derechos y principios constitucionales en la actuación administrativa.

Por otro lado, se utilizó como fuentes primarias la replicación teórica de la casuística de la jurisprudencia nacional, de la Corte Constitucional como principal intérprete de los derechos fundamentales que protege y ampara estos derechos, y posteriormente los pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado. Como fuente secundaria se analiza la normatividad que es coadyuvante, es decir, las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP).

Fase de trabajo de campo. En el marco del diseño la investigación aquí realizada transcurre dentro de una relación interdisciplinar con la sociología que relaciona la realidad del ser humano con la norma, para mantener esta última en una esfera de correspondencia y cumplimiento de los objetivos de su creación, en donde se ejecuta un análisis de contenido que consiste en un instrumento, sistemático, objetivo,

replicable y valido que combina intrínsecamente, y de ahí su complejidad, la observación, la producción de los datos, y la interpretación o análisis de los datos (Abela, 2002). De igual modo, es hermenéutico por el análisis de interpretación del texto que en este caso se deduce de los conceptos jurisprudenciales a nivel constitucional y administrativo (Londoño *et al.*, 2016).

Fase de sistematización de los datos y análisis de la información. Se realizó a través de la metodología de la triangulación, es decir, el empleo de diferentes técnicas de obtención de la información requerida: cualitativas (análisis documental).

3. RESULTADOS Y DISCUSIÓN:

- Análisis documental.

El acto administrativo y su fundamento jurídico como función pública.

Para Ortega (2018) un acto administrativo es una declaración gubernamental de voluntad que tiende a tener eficacia jurídica mediante la creación, modificación o supresión de derechos. Los actos administrativos son un requisito previo fundamental, de conformidad con el ordenamiento jurídico siempre y cuando se respeten las garantías y derechos de gestión de los administrados. En efecto, según Milkes (2018), los actos administrativos discrecionales son los derivados de la potestad en el ejercicio de la autoridad, el titular es libre de elegir la oportunidad de rendir y / o determinar el contenido de la decisión y / o evaluación para su idoneidad o éxito para el mismo fin. Por tanto, como destino del procedimiento, puede optar por una de las numerosas opciones o alternativas que también son válidas en el ámbito jurídico. Para Sáenz (2017), el número de factores como la oportunidad, contenido o conveniencia, son los elementos que el funcionario ofrece o selecciona en las alternativas relevantes, y que determina el grado de discrecionalidad en el acto.

LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA INSUBSISTENCIA RESPECTO DE LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA Y EL FUERO DE ESTABILIDAD EN LOS CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO O REMOCIÓN

Sebastián Díaz Pinilla ;Sergio Daniel Castillo Toro

Adicionalmente, para Pardo (1997) la discrecionalidad es la facultad de la autoridad competente sobre si se aplica lineamientos en particular. El poder discrecional incluye la libre apreciación que la administración decida qué hacer y qué no hacer. Por lo tanto, es necesario explicar el concepto de libre nombramiento y remoción, puesto que se deriva de los conceptos anteriormente establecidos. De modo complementario, Mesquida (2003) define la discrecionalidad como la facultad que tiene el ordenamiento jurídico de conferir a los jueces o funcionarios públicos la facultad de tomar decisiones de acuerdo con principios o criterios que considere legítimamente aplicables debido al carácter incierto o abierto de la norma.

Mesquida (2003) difiere de Pardo (1997), al considerar que la discrecionalidad en toma de decisiones es una parte particular de una institución o en un sistema de gestión particular, la cual requiere normas para justificarlo y limitarlo, y sin esto no tiene sentido hablar de arbitrariedad. En una metáfora visual, Dworkin (1989) dice que la arbitrariedad no es más que un agujero en una rosquilla, y que este no puede existir sin ella, es decir, el poder de una decisión, y que esta no sea tan acertada, está en la falta de normatividad, el gran espacio que existe entre ellas, el poder que está constantemente en el juez o funcionario, lo presupone en la existencia y límite de reglas.

Para Melo y Echeverry (2018) los cargos de libre nombramiento y remoción son una obligación cumplida a discreción del empleador o representante y se rigen por los estándares de desempeño personal, calificaciones personales y competencia profesional. Los factores anteriores ayudan a determinar habilidades y actitudes en el proceso de selección del personal que integra un servicio público. Otro concepto que complementa esta facultad corresponde a la Sentencia T- 204 de 2012, en la cual se identifica que el motivo de los actos administrativos se deriva de la implementación de disposiciones constitucionales que aseguran que las personas pueden contravenir las decisiones de los poderes públicos frente a las vías

gubernativa y judicial, evitando así abusos de poder (Corte Constitucional de Colombia, 2012a). Por lo tanto, la administración tiene la responsabilidad de justificar sus acciones y los entes judiciales tienen la responsabilidad de determinar si tales discusiones cumplen con el sistema legal.

El acto administrativo y su discrecionalidad en la función pública.

Para Cardozo (2016) un acto administrativo es el medio por el cual se manifiesta la administración pública que posee un Estado para establecer pautas, de igual manera, para el pueblo es de vital importancia debido a que es una persona específica o un número indefinido quien crea, cambia o deroga una posición jurídica. Así mismo, de acuerdo con lo establecido en la Sentencia C-1436 de 2000 el acto administrativo es una manifestación de la voluntad de la administración que busca producir efectos jurídicos, bien sea creando, modificando o extinguiendo derechos a favor o en contra de los administrados (Corte Constitucional de Colombia, 2000). Dentro de este contexto, Maldonado *et al.* (2020) sostienen que los actos administrativos buscan resolver cuestiones, ya sean de particulares, entidades o de la propia Administración Pública, que deben ser juzgadas a través de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por consiguiente, para el autor Cardozo (2016) un acto administrativo discrecional se puede definir como:

El poder de elegir entre varias formas iguales de comportamiento administrativo, todas las cuales son legalmente posibles. Por el contrario, si el contenido del acto administrativo está sujeto a una determinada disposición legal previa, se trata de un acto administrativo regulado. En lugar de hablar de un acto de discrecionalidad frente a un acto regulado, es más correcto hablar de discreción absoluta o de discrecionalidad plena y menos plena, ya que los márgenes

que deja la regulación administrativa son en la mayoría de los casos inevitables y tienen diferentes efectos sobre el contenido obligatorio de la regla. (p. 4)

Complementando la acepción, para Maldonado *et al.* (2020) “esto es lo que se deriva de la aplicación de la discrecionalidad, es decir, la facultad de elegir entre diferentes formas de comportamiento administrativo, todas igualmente posibles desde el punto de vista jurídico” (p. 110). En otras palabras, Cardozo (2016) plantea que los actos discrecionales son el resultado de la manifestación de la voluntad unilateral y discrecional de la administración, relativos a la creación, modificación o extinción subjetiva de situaciones jurídicas, y amparados por la ley, por lo que se presumen legales porque no pueden van en contra de los preceptos constitucionales. En ese mismo sentido, en la Sentencia SU 127 de 2015 se expone que la discreción se da cuando una autoridad es libre, dentro de los límites de la ley, de tomar una u otra decisión, porque esta determinación no tiene una solución específica y única prevista por la ley (Corte Constitucional de Colombia, 2015). Por tanto, los actos discrecionales están sujetos a revisión judicial, porque no pueden contradecir la Constitución ni la ley, debido a que, en todo caso, es necesario distinguir esta facultad de la arbitrariedad.

En consecuencia, infiriendo las concepciones de Cardozo (2016) y Maldonado *et al.* (2020), estas se relacionan con lo dispuesto en la Sentencia SU 917 de 2010:

El deber de motivación de los actos administrativos que, por regla general, tiene la administración, hace efectiva la cláusula de imperio de la ley, el principio democrático y el principio de publicidad en los documentos de la administración, al tiempo que permite a los integrantes contar con elementos de juicio, suficiente para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de recurrir a los órganos gubernamentales y autoridades

judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. (Corte Constitucional de Colombia, 2010b, p. 1)

Es importante resaltar que según el autor Arrieta (2017), le corresponde a la administración justificar las acciones, explicar las razones de su decisión, mientras que corresponde al poder judicial determinar si esas razones son constitucionales y legalmente justificadas.

El acto administrativo y la apología constitucional y normativa.

Una búsqueda normativa exhaustiva sobre la discrecionalidad de los actos administrativos en cargos de libre nombramiento y remoción refleja nivel nacional lo que está definido como los actos administrativos discrecionales y los límites que conllevan esta discrecionalidad, según lo expuesto en el acápite anterior, es por ello que se relacionará a continuación en este artículo.

El marco legal de este trabajo se compone inicialmente de la Constitución Política de Colombia en donde se expone el empleo público y cuáles son los servidores públicos de manera específica en los artículos: 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130 y 131. De esta manera, en el ordenamiento jurídico colombiano se establece que la forma de vinculación debe someterse a las reglas de la carrera administrativa. A manera de ejemplo se citan: Decreto 1732 del 58, Ley 65 de 1967, el Decreto 2400 de 1968, la Ley 61 de 1987, la Ley 27 de 1992. Es importante mencionar que las disposiciones normativas enunciadas fueron derogadas por la Ley 443 de 1998 y posteriormente por la Ley 909 de 2004; además, la Ley 909 de 2004 en algunos de sus artículos expone los empleos de libre nombramiento y remoción, así como las clases de nombramiento y las causales de retiro de estos empleos (Congreso de la República de Colombia, 1998; 2004).

De igual modo, la Ley 1437 de 2011 en uno de sus artículos define que debe contener el sentido discrecional cuando se efectúe en un acto

LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA INSUBSISTENCIA RESPECTO DE LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA Y EL FUERO DE ESTABILIDAD EN LOS CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO O REMOCIÓN

Sebastián Díaz Pinilla ;Sergio Daniel Castillo Toro

administrativo (Congreso de la República de Colombia, 2011). Ahora bien, el Decreto 2400 de 1968 hace referencia a la discrecionalidad que existe por parte de la administración para declarar la insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción ya que estos no deben motivarse (Presidencia de la República de Colombia, 1968).

En el desarrollo a nivel jurisprudencial la Sentencia T-928 de 2004 establece las condiciones para el ejercicio de la autoridad del Estado, donde menciona que las potestades son regladas. Sin embargo, menciona el alto tribunal que, si la norma tan sólo fija las condiciones para el ejercicio de la potestad, se está ante una discrecionalidad administrativa (Corte Constitucional de Colombia, 2004).

Posteriormente, en la Sentencia T-132 de 2007 se menciona que, en los cargos de libre nombramiento y remoción, la confianza representa uno de los aspectos trascendentales, lo que explica que el legislador ha contemplado como regla general una excepción en el deber de motivar actos discrecionales, es decir, que él no requiere motivación en el acto administrativo discrecional del empleado público (Corte Constitucional de Colombia, 2007). Respecto a la Sentencia T-372 de 2012, en esta se exponen los límites que tiene la facultad de discrecionalidad en cuanto a la desvinculación de los cargos de libre nombramiento y remoción (Corte Constitucional de Colombia, 2012c).

Luego, en la Sentencia SU 448 de 2011 se indican los aspectos constitucionales en materia de discrecionalidad, empleos de libre nombramiento y remoción y la diferencia entre los empleos de carrera y libre nombramiento y remoción (Corte Constitucional de Colombia, 2011b). En la Sentencia SU 539 de 2012 se establece que los cargos de libre nombramiento y remoción son la excepción a la regla general por cuanto no son cargos de carrera administrativa pues estos cargos son de facultad discrecionalidad del nominador el cual puede vincular o retirar al servidor

de la administración (Corte Constitucional de Colombia, 2012b); adicionalmente indica que los cargos de libre nombramiento y remoción son empleos de dirección y confianza (Marín, 2020).

Por otra parte, la Corte constitucional de Colombia (2010a) en la Sentencia C-553 de 2010 estipula que la carrera administrativa es el mecanismo general y preferido de acceso al servicio público, siendo la carrera administrativa la finalidad de contratar personal óptimo y capacitado para el desarrollo de la función pública para asegurar el cumplimiento de los propósitos gubernamentales.

De igual manera, la Sentencia C-284 de 2011 estipula que la carrera administrativa es la regla general para el ingreso al servicio público en razón al estado social de derecho (Corte Constitucional de Colombia, 2011a). Además, el Consejo de Estado en Sala Plena Contenciosa Administrativa, no. 25000-23-42-000-2015-01449-02 expone que los cargos de libre nombramiento y remoción son unidades de la función pública relacionados con la dirección, conducción y orientación de las instituciones públicas en los términos del artículo 5 de la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004 de ahí que se predique que este tipo de empleos son de confianza y manejo (Congreso de la República de Colombia, 2004).

Por consiguiente, el canon 41 de la Ley 909 de 2004 establece como causal de retiro del servicio de los empleados públicos, la declaración de insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y revocatoria, disposición que se ajusta en particular a los artículos 25 y 26 del Decreto 2400 de 1968, que establece que la forma de despido a través de un acto administrativo desmotivado para cargos no profesionales solo requiere que la motivación de la decisión se deje en el currículum (Presidencia de la República de Colombia, 1968; Congreso de la República de Colombia, 2004). Incluso si no proporciona una razón en su currículum, cuando se enfrenta a una acción discrecional, no es una razón para cancelar, debido a que excluye la existencia de la acción prescrita. La

nulidad, además de que las denuncias se mencionan más de una vez, no se basa en el comportamiento en sí, sino en el contenido del currículum.

A su vez, la Sentencia del Consejo de Estado con Radicación 02831-01(0653-10) que sugiere que la responsabilidad por el fracaso de la gestión o la insatisfacción con los resultados esperados no conduce necesariamente a una responsabilidad penal o disciplinaria. Por supuesto, la protección de los bienes jurídicos protegidos a través de medidas disciplinarias y procesos penales no son los mismos que motivan el control administrativo. Por ello, las reglas que rigen la responsabilidad disciplinaria y las normativas administrativas no son las mismas, ni tienen la misma naturaleza, efecto u origen. En este sentido, las reglas correccionales no tienen la misma estructura administrativa siempre que caractericen y sancionen las conductas.

Por otro lado, el desconocimiento de las instrucciones técnicas tiene consecuencias diferentes al resultado disciplinario. En este caso, se trata de un problema de incumplimiento o incapacidad para lograr el propósito y el resultado. Esto implica que las violaciones de la acción disciplinaria producen sanciones personales reales. Así, parte de estos procesos se lleva a cabo con los agentes si sus actuaciones son muy rigurosas y no solo afectan su función y objetivos administrativos, sino que también superan los límites de responsabilidad penal y disciplinaria.

La discrecionalidad administrativa y el control social.

El control de la discrecionalidad administrativa y el control judicial son dos de las constantes en temas relacionados con el derecho público, para así salvaguardar los derechos individuales y colectivos. Por consiguiente, al momento de revisar el tema de la discrecionalidad, parece exagerado que hay una disyuntiva en el derecho administrativo y el control de los jueces y su potestad discrecional constituya el núcleo central de dicha problemática.

Sin embargo, la idea es apoyada en diferentes tendencias legales, para tener estándares mínimos, que permitan interpretar la discrecionalidad dentro de la ley y del derecho como una actividad jurídica de la administración que ejerce control los jueces. Desde una perspectiva legal, algunos autores piensan que bajo esta suposición sería eliminar tales actos de la revisión judicial o al menos para reducirlo a una mínima expresión, según su interpretación extrema, son los argumentos incompatibles con el estado de derecho, y cualquier versión de ella.

En este sentido, el reconocimiento de la revisión del juez considerando los aspectos prescriptivos del acto administrativo, que no se discuten, no excluyen el control inicial para la evaluación arbitraria del acto. Siendo precedente los estándares establecidos por la jurisprudencia americana; según Cassagne (2009):

La doctrina ha tropezado con grandes dificultades. En primer lugar, las diversas concepciones que han procurado explicar lo que constituye la actividad discrecional suelen diferir en los conceptos analíticos que a priori fijan su punto de partida y el camino a seguir. En segundo término, fuera del campo lógico o del método jurídico de interpretación que proporciona la teoría general del Derecho para desentrañar la que plantea el fenómeno de lo discrecional, cabe advertir la influencia que ejercen sobre los juristas las diferentes teorías que nutren la ciencia política y disciplinas afines, las cuales se proyectan en las tesis y posturas que adoptan, tanto de modo consciente como fruto del llamado inconsciente colectivo. (p. 83)

Otra dificultad igualmente importante, derivada del hecho representado por el evento mismo, un gobierno cuyas acciones siempre reflejan, facultades reguladas y combinaciones de facultades por su propia cuenta. Así mismo, las acciones administrativas que de una u otra forma demuestran poder han sido conferidas a

LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA INSUBSISTENCIA RESPECTO DE LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA Y EL FUERO DE ESTABILIDAD EN LOS CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO O REMOCIÓN

Sebastián Díaz Pinilla ;Sergio Daniel Castillo Toro

instituciones u organismos públicos, y los ubican en un nivel de desigualdad superior al de los individuos porque tienen un mayor privilegio para obedecer la ley. Lo anterior significa que las organizaciones públicas tienen cierta ventaja sobre los particulares en el ejercicio de sus actividades, porque la naturaleza de sus funciones exige que se les otorguen privilegios especiales derecho público, especialmente del Estado en general.

Ahora bien, la discrecionalidad administrativa es prerrogativa de la administración estatal, porque desarrolla determinadas actividades administrativas sin las estrictas limitaciones de la forma jurídica, lo que hace que algunas teorías la equiparen a la falta de regulación, es arbitraria. Por tanto, las actividades administrativas no se ajustan al principio de dependencia del derecho público del principio jurídico. La falta de disposiciones legales no significa que las entidades estatales puedan realizar este tipo de actividades de manera absoluta, puesto que toda actividad administrativa tiene principios rectores, como la autorización, existen derechos legítimos dentro de las agencias, por lo que las entidades públicas solo pueden hacer lo permitido por la ley.

Güechá-Medina (2017) plantea que el ordenamiento jurídico colombiano establece que toda actuación de una autoridad pública, debe ajustarse a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y el Código de Procedimiento Administrativo o las leyes dictadas para casos procesales especiales distintas, es decir, las disposiciones de procedimiento administrativo para todas actividades regidas por la normativa aplicable, no son más que la plasmación del principio de garantías procesales, como derechos fundamentales y consagrados en la constitución.

Lo anterior significa que una institución pública no puede eludir las disposiciones previstas en la Ley de Procedimiento Administrativo o las disposiciones específicas que rigen el procedimiento prescrito, ya que ello vulnera el principio de garantías procesales,

que estipula que, en el formalismo, se desvía por lo que toda decisión podrá ser considerada antijurídica y tal conducta será revocable hasta que se impugne la jurisdicción administrativa.

Una de las manifestaciones más evidentes de la forma funcional administrativa es el contrato estatal, porque las decisiones que allí se toman deben preceder a los procedimientos administrativos previos, y las acciones requeridas deben estar debidamente motivadas, salvo las acciones que son meras actividades. A continuación, se revisa que, en los contratos públicos, la vía administrativa prevalece sobre las facultades que incluyen la libertad administrativa, por lo que se puede determinar que la contratación pública es la mayor manifestación de la falta de libertad administrativa.

Los actos administrativos discrecionales se someten al principio de legalidad.

De acuerdo con Güechá-Medina (2017):

El artículo 44 de la Ley colombiana 1437 de 2011 consagra la existencia de actos discrecionales, bajo la condición de su subordinación al principio de legalidad. En efecto, el artículo mencionado dice: “En la medida que una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe adecuarse a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. Implica la consagración del artículo 44 que las decisiones, sin importar su naturaleza, deben estar acordes con las normas que las autorizan, indistintamente sean o no discrecionales. (p. 31)

Lo anterior debido a que es el resultado de actividades administrativas impregnadas de los principios de legalidad; al respecto, en algunas partes de la doctrina se dice que no se trata de un acto administrativo, sino que se reconoce el derecho a admitir actividades procesales y administrativas en un tiempo conveniente, se deciden y creen que la acción

administrativa notificada, como exigen las leyes y los rituales exigidos por ellas, no puede ser arbitraria, sino cuando la administración, elige la fecha de la acción que refleja su ayuda en el desarrollo de la subjetividad de sus acciones, es decir, el poder de decisión es la capacidad de actuar.

Pero además de eso, no debe olvidarse que las actividades administrativas deben cumplir con los estándares de un servicio público acorde, que exige al ejecutivo realizar actividades administrativas y limita parcialmente el ejercicio del poder ejecutivo, para una entidad pública, al emitir un contrato o desempeñar funciones administrativas, están sujetos a dos supuestos de buen servicio público, tal como la mejora del servicio y el interés público.

Se puede apreciar que el cumplimiento legal de los actos administrativos es muy claro, al punto de negar la existencia de discrecionalidad administrativa en sentido estricto, dando paso al formalismo y ritualismo en los procedimientos de los poderes públicos. En la misma norma, el legislador señala la existencia de disposiciones legales sobre conducta discrecional, como en el Art. y Código de Procedimiento Administrativo 44 del Código de Procedimiento Administrativo, pero destaca que como resultado del procedimiento administrativo se requiere justificación, es decir, la conducta se convierte en un acto reglado y el concepto de discrecionalidad no está en la decisión y formación.

Los actos administrativos como expresión de la voluntad de la ley y no de la administración.

El autor Expósito (2003) considera que:

La noción clásica francesa distinguió los actos de la Administración en actos de gestión y actos de autoridad, involucrando en los de gestión aquellos que implicaban un acuerdo entre una entidad pública y un particular, es decir, los contratos, dentro de los cuales existía un plano de igualdad entre las partes que intervenían en los mismos; por su parte,

los actos de autoridad reflejaban la imposición unilateral de la Administración frente al particular, que determinaba una desigualdad superior de las administraciones del Estado, contemplando como expresión de los mismos lo que conocemos como actos administrativos. (p. 113)

Por otro lado, Güechá-Medina (2017) sustenta:

En los actos de autoridad, la Administración hacía uso de su poder de *imperium*, soberano de potestad pública, que los distinguía de los particulares y en esta medida, dio lugar a lo que HAURIUO llamó decisiones ejecutorias, es decir, aquellas susceptibles de cumplimiento oficioso unilateral por parte de las administraciones públicas, que de alguna manera reflejaban aquellas manifestaciones de voluntad del rey que no tenían control de legalidad, porque recordemos que en el antiguo régimen la Administración estaba sobre la ley; pero como el principio que primaba era el de legalidad, no se podían librar del sometimiento a la misma; así, una entidad pública cuando dictara un acto de autoridad estuviera ejerciendo el poder soberano del Estado, ya que este no lo libraba del control legal. (p. 33)

Acorde con lo expuesto, el ordenamiento jurídico colombiano y su base doctrinaria utilizan el concepto de acción administrativa, basado en el estándar francés de realización de actividades administrativas, es decir, la voluntad del ejecutivo de producir o pretender producir efectos jurídicos, exhibiendo unilateralidad, compararlo con un contrato administrativo, pero en ambos casos se deriva del concepto de acto jurídico y nuevamente la jurisprudencia estándar aplica la expresión de la voluntad administrativa a efectos jurídicos y por tanto congruentes con lo que se considera adecuado dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA INSUBSISTENCIA RESPECTO DE LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA Y EL FUERO DE ESTABILIDAD EN LOS CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO O REMOCIÓN

Sebastián Díaz Pinilla ;Sergio Daniel Castillo Toro

Contrariamente a lo que es posible en otros ordenamientos jurídicos, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo incluye definiciones de actos administrativos y en el artículo 43 define los actos determinantes como aquellos que directa o indirectamente determinan la naturaleza del caso o impiden el proceso; además tanto la doctrina como la jurisprudencia reiteran esta definición que no se aparta de la norma de ejecución de la voluntad administrativa (Congreso de la República de Colombia, 2011).

Bajo esta perspectiva, cuando en un acto administrativo se requieran requisitos y trámites específicos, estamos obligados a seguir los protocolos requeridos ante un acto administrativo procesal y normativo, de lo contrario la conducta se convertirá en un acto antijurídico y por lo tanto será rescindido. Se impugna la competencia administrativa. En efecto, si para solicitar una licencia de obras se requieren determinados documentos, como planos, urbanizaciones, permisos ambientales, etc., además, se requiere la consulta de referencias a terceros para que, en caso de que sean objeto de los procedimientos administrativos correspondientes o de las objeciones, estos protocolos se vuelven consistentes con las actividades que se ofrecen.

Por ejemplo, si una persona es elegible para un permiso de construcción y este se hace de acuerdo con los procedimientos establecidos por la ley, la agencia pública está obligada a expedir un permiso de construcción, porque de lo contrario el acto es ilegal y anulable; de ahí que, en este caso y en todos los que se requieran ciertos rituales en el ejercicio de los deberes públicos, las decisiones en los actos administrativos no tienen por objeto expresar la voluntad de las autoridades o de los sujetos de la administración sino la voluntad de la ley, significa que no hay libertad en las actividades y procedimientos administrativos.

Al respecto, frente a un acto que no tiene discrecionalidad, como se ha señalado anteriormente, existe la posibilidad o probabilidad que la organización pública en determinado momento tome una decisión sobre la configuración del acto administrativo, lo que es injusto, puesto que el procedimiento también está sujeto a los principios de legalidad, equidad y debida diligencia, y por lo tanto suprime la libertad de promulgar del poder ejecutivo.

Lo anterior significa que habiendo mencionado la definición de actividades administrativas, que son productos de procedimientos normativos, seguir hablando de manifestaciones de voluntad administrativa es jurídicamente insostenible, pues todo lo dispuesto en la ley no permite su confirmación. Se puede argumentar que la situación cambia cuando la actuación administrativa es el resultado de un procedimiento no controlado, es decir, frente a la actuación discrecional como la conocemos, pero eso no se debe a los principios de integridad, legalidad, debido proceso y habilitación legal, junto con los conceptos de bien común y buen servicio público, constituyen las condiciones de actuación y decisión contenidas en la conducta administrativa. En esta óptica, de acuerdo con Güechá-Medina (2017):

El propio Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo así lo prevé cuando, al contemplar los actos discrecionales, los limita al principio de legalidad, al consagrar en el artículo 43, que nos permitimos reiterar: *En la medida que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y a los hechos que le sirven de causa*, circunstancia que evidencia la limitante a la discrecionalidad, que la lleva de una u otra forma a ser subsumida por la ley, ya que si no existe la habilitación legal no puede hablarse de ninguna manera de esta clase de decisiones administrativas. (p. 36)

En efecto, es el poder legal el que decide al ejecutivo para tomar una decisión u otra, lo que significa que en última instancia el ejecutivo debe tomar decisiones autorizadas por la ley y acordes con el buen servicio público, de lo contrario, tendrá que lidiar con la arbitrariedad. Por tanto, se puede concluir que la voluntad contenida en un acto administrativo es la voluntad de derecho y no la voluntad administrativa, porque en los actos reglados, la persona jurídica no debe falsear las disposiciones de la ley, es decir, la llamada decisión poder decisorio, si bien existe cierto margen o autonomía en la toma de decisiones es casi imposible que el gobierno contravenga la ley y en definitiva la voluntad es claramente.

Para un concepto en particular, no se está hablando de arbitrariedad, porque su aplicación es obligatoria para la administración estatal fuera de la unidad, en este sentido, no hay libre albedrío, la doctrina administrativa, en cambio, tiene campos de acción en los que la unidad ejerce el poder ejecutivo, expresando el poder de decidir en las acciones de la unidad.

La implementación del sistema interpretativo en los límites de la discrecionalidad de los actos administrativos.

En cuanto a la Corte Constitucional de Colombia, el debate sobre la necesidad de promover actos administrativos discrecionales contra ciertos funcionarios de libre nombramiento y remoción de giró en torno a garantizar el debido proceso. Referente a este tema, Huertas (2008) afirma que es usual en la doctrina clásica del derecho administrativo contraponer dos tipos de actos administrativos: los reglados y los discrecionales. En los primeros, existe un procedimiento general, por tanto, se deben expresar los motivos en el cuerpo del acto administrativo; contrario sensu en los segundos se da el polo opuesto: el acto discrecional que definitivamente no exige motivación escrita, porque iría en contra de su naturaleza jurídica al ser motivado. Es por ello que los actos discrecionales están exentos de

procedimiento, mientras que las decisiones regladas están sometidas a él.

Según Arrieta (2017) la potestad discrecional es la potestad legal del Estado que faculta a la autoridad administrativa, frente a ciertos hechos a adoptar tal decisión y a hacerlo, siempre que el acto Su vi esté inspirado en la razón por la cual sirve el que se supone. En este sentido, el servidor público es libre de apreciar, juzgar y elegir en cualquier momento el contenido de su decisión entre las múltiples opciones que se le presenten. Por otro lado, el tribunal administrativo sostuvo que en virtud de esta libertad, el juicio y sus garantías, especialmente el móvil, eran innecesarios en los casos de despido de servidores públicos de libre nombramiento y de expulsión de funcionarios públicos tanto de general como a regímenes especiales, en la medida en que la norma prevé retiros discrecionales en las instituciones públicas, sin mencionar el requisito sobre los motivos de la acción.

Por lo tanto, la situación real prototípica en este tipo de caso es la siguiente: un empleado independiente designado y despedido que ha trabajado durante años es despedido por el gobierno sin ninguna explicación. En este mismo sentido, por la facultad discrecional, no es necesario ejercitar motivo en el acto de desistimiento hacia el interesado, sino que se dice y sólo que es en aras de servir una vez que el afectado solicitó realizar el acto, el Consejo de Estado con la mayoría en ocasiones, basándose en el principio de legitimidad, argumentan que la conducta administrativa se considera conforme a derecho y que el afectado tiene derecho a rechazar tal presunción, aunque la conducta no tenga motivo. Ante el obstáculo casi insalvable de debilitar la presunción de legitimidad de un acto sin razones claras, el Consejo de Estado dio la razón a la administración.

Lo anterior indica que no exige su ejercicio la discrecionalidad que en la acción de despido debe reflejarse la razón de la decisión, menos aún en las decisiones de la razón inherente al servicio, que no es el fin último además del interés común. Está claro que

LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA INSUBSISTENCIA RESPECTO DE LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA Y EL FUERO DE ESTABILIDAD EN LOS CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO O REMOCIÓN

Sebastián Díaz Pinilla ;Sergio Daniel Castillo Toro

los motivos no deben ser expuestos por el Consejo de Estado, es simplemente una cuestión de mejora del servicio y, como regla de derecho, el agente representa un abuso de poder. En este orden de ideas, se revela que la lectura del derecho administrativo formulada por la jurisdicción administrativa más controvertida se queda en gran parte en el nivel de la ley y muy pocas veces se apoya en la Constitución.

Sin embargo, al utilizar la Constitución como fuente de derecho que aplica directamente el argumento normativo para la posición anterior es que el artículo 209 se refiere a la función administrativa de la cual existen tres principios: el principio finalístico o teológico que promueva el interés público en mejorar los servicios, y el principio funcional, incluido saber si el servidor presta y cuida eficientemente el servicio, y principios éticos, que radican en la ética y en la gestión eficaz de los asuntos y de los recursos del Estado (Constitución Política de Colombia, 1991). Así, la interpretación de la Constitución se tomó entonces desde el punto de vista de las instituciones, debido a que la falta de aplicación del derecho a un juicio justo se justifica por las funciones que se supone que cumplen las instituciones, no por las instituciones en vista de los derechos.

Por otra parte, es importante mencionar el método utilizado en esta investigación el cual es el Estudio de casos por replicación teórica que concibe como una estrategia de investigación dirigida a comprender las dinámicas presentes en contextos singulares, la cual podría tratarse del estudio de casos con la Sentencia 734 de 2011 (Consejo de Estado de Colombia, 2011) y la Sentencia SU-053 de 2015 (Corte Constitucional de Colombia, 2015a). Utilizando el mismo método para la recogida de evidencia cualitativa y/o cuantitativa con el fin de describir, verificar o generar teoría, lo demás corresponde al desarrollo a través de la ayuda del Análisis Sistemático Interpretativo de Contenido.

4. CONCLUSIONES

De acuerdo con el principio del debido proceso, reforzado por la Ley 1437 de 2011 y basado en el respeto a los derechos fundamentales en un estado social de derecho, no se puede sacar otra conclusión que la de presentar un punto de vista de la Constitución, exigiendo que el motivo de la acción discrecional retire a los agentes de libre nombramiento y remoción, sin este imprescindible requisito, puesto que no se estaría brindando a los funcionarios el acceso a la administración del Poder Judicial. Por lo tanto, no puede desconocer este principio que la Ley 1437 de 2011 prevé aún mayor fuerza.

Respecto a la motivación en los actos administrativos, la mayor transcendencia sería evitar abusos por parte de las autoridades administrativas y podría distinguirse más claramente la discrecionalidad, en este sentido, no implicaría la potestad intangible de actos administrativos; de lo contrario, per se equivaldría a reconocer el poder majestuoso y arrogante del Estado con una evidente capacidad para satisfacer los caprichos individuales, aspecto que, como se ha señalado, contrasta con el postulado sobre el estado social de derecho.

De ninguna manera, por parte de esta investigación se quiere negar la posibilidad de que la administración introduzca actos arbitrarios para separar a los funcionarios de la libre designación y remoción, por el contrario, se necesitan intervenciones estatales necesarias y serán legales, permanentes porque está motivado por los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En sentido contrario, ocurre con la interpretación imperante por parte del Consejo de Estado, donde el derecho fundamental al debido proceso ni siquiera se limita, sino que se desvirtúa por completo.

Pero más allá de las consideraciones anteriores, la razón más importante a favor de la lectura de la Corte Constitucional de Colombia es el respeto al artículo 4 de la Constitución Política y los derechos fundamentales. Así, tomarse con imperio a la Constitución y los derechos implica seriamente, para el juez en general, no sólo el constitucional, la obligación

de analizar cualquier situación fáctica que debe conocer, bajo el pretexto del respeto a la Constitución, también debe recordarse que la Carta Magna y los principios que en ella se consagran, no son meros planteamientos de las funciones legislativas o administrativas, sino normas universales y de estricto cumplimiento.

5. REFERENCIAS:

- Abela, J. A. (2002). Las técnicas de Análisis de Contenido: Una revisión actualizada. Fundación Centro de Estudios Andaluces.
- Arrieta, I. (2017). La discrecionalidad administrativa como facultad del Estado en los miembros de la fuerza pública- Línea jurisprudencial del Consejo de Estado [tesis de pregrado, Universidad Libre]. Repositorio Institucional. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/18669/1047453518%20-%202017.pdf?sequence=1>
- Cardozo, J. A. (2016). ¿Se deben motivar los actos administrativos discrecionales que ordenan el retiro de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa y los que ordenan el retiro de empleados de libre nombramiento y remoción en Colombia? [tesis de especialización, Universidad Santo Tomás]. Repositorio Institucional. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/2252/Cardozojimmy2016.pdf?sequ>
- Cassagne, J. C. (2009). La discrecionalidad administrativa. *Revista Foro Jurídico*, (9), 82-91. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18518>
- Congreso de la República de Colombia. (1998). Ley 443 de 1998 Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/base/doc/ley_0443_1998.html
- Congreso de la República de Colombia. (2004). Ley 909 de 2004 Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/base/doc/ley_0909_2004.html
- Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1437 de 2011 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/base/doc/ley_1437_2011.html
- Consejo de Estado de Colombia. (2011). Sentencia 734 de 2011 Control jurisdiccional de los actos administrativos disciplinarios.
- Constitución Política de Colombia (1991). Gaceta Constitucional No. 116 de la República de Colombia, Bogotá, Colombia, 13 de junio de 1991.
- Corte Constitucional de Colombia. (2000). Sentencia C-1436 de 2000 Demanda de inconstitucionalidad-Problema de interpretación constitucional. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1436-00.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia T-928 de 2004 Discrecionalidad administrativa y arbitrariedad administrativa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-928-04.htm#:~:text=Sentencia%20T%2D928%2F04&text=En%20t%C3%A9rminos%20generales%20as%20actuaciones,6%20de%20la%20Constituci%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica.>
- Corte Constitucional de Colombia. (2007). Sentencia T-132 de 2007 Acto administrativo-Motivación. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-132-07.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2010a). Sentencia C-553 de 2010 Carrera administrativa especial de la Registraduría Nacional del Estado Civil-Cargos de responsabilidad administrativa o electoral son de libre remoción y no de libre nombramiento. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-553-10.htm#:~:text=Sentencia%20C%2D553%2F10&text=El%20art%C3%ADculo%20125%20de%20la,los%20ciudadanos%20al%20servicio%20p%C3%BAblico.>
- Corte Constitucional de Colombia. (2010b). Sentencia SU 917 de 2010 Cargo de carrera en provisionalidad-Casos en que demandantes

LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA INSUBSISTENCIA RESPECTO DE LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA Y EL FUERO DE ESTABILIDAD EN LOS CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO O REMOCIÓN

Sebastián Díaz Pinilla ;Sergio Daniel Castillo Toro

- desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en diferentes entidades públicas, y fueron desvinculados de sus empleos sin motivación del acto de retiro.
http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5_col_cn_sc_anex17.pdf
- Corte Constitucional de Colombia. (2011a). Sentencia C-284 de 2011 Régimen especial de carrera administrativa de la Contraloría General de la República-Cargos de carrera administrativa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-284-11.htm#:~:text=%E2%80%9CSon%20cargos%20de%20Carrera%20Administrativa,Oficina%20que%20fue%20declarada%20exequible>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011b). Sentencia SU 448 de 2011 Acción de tutela contra providencias judiciales-Causales genéricas de procedibilidad. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/SU448-11.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2012a). Sentencia T- 204 de 2012 Motivación de los actos administrativos-Fundamentos constitucionales. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-204-12.htm#:~:text=La%20motivaci%C3%B3n%20de%20los%20actos,actos%20de%20abuso%20de%20poder>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012b). Sentencia SU 539 de 2012 Concurso de méritos para registro de elegibles al cargo de director de unidad de dirección ejecutiva de administración judicial-Solicitud nombramiento de quienes ocuparon primer puesto en la lista. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/SU539-12.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2012c). Sentencia T-372 de 2012 Cargo de libre nombramiento y remoción-naturaleza/cargo de libre nombramiento y remoción-límites al ejercicio de facultad discrecional que tiene el nominador para disponer de plazas. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-372-12.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2015a). Sentencia SU053 de 2015 Acción de tutela contra providencias judiciales-Reglas jurisprudenciales sobre la procedencia. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU053-15.htm#:~:text=Se%20admite%20que%20los%20actos,razones%20objetivas%20y%20hechos%20ciertos>.
- Dworkin, R. (1989). Los derechos en serio. Editorial Ariel.
- Expósito, J. C. (2003). La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Güechá-Medina, C. N. (2017). La noción de acto administrativo: un análisis desde la discrecionalidad en la actuación de la Administración. *Revista Opinión Jurídica*, 16(31), 25-48.
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302017000100025
- Huerta, F. E. (2008). El Acto Administrativo. Visión Holística. Editorial Orozco Lopez, Erney.
- Londoño, P. O. L., Maldonado, G. L. F. y Calderón, V. L. C. (2016). Guía para construir estados del arte. Corporación Internacional de Redes del Conocimiento <https://iconk.org/docs/guiaaea.pdf>
- Maldonado, D., Todaro, Z. R. y Bermejo, J. C. (2020). Estudio de la Motivación de los Actos Administrativos Discrecionales. *Revista Advocatus*, 17(34), 107-122. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.34.6592>
- Marín, H. A. (2020). En defensa de la facultad de libre nombramiento y remoción: el camino de su insuficiente delimitación conceptual conduce a su cuestionable restricción. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n23.09>
- Martínez, P. (2006). El método de estudio de caso: estrategia metodológica de la investigación científica. *Pensamiento & Gestión*, (20), 165-193. <https://www.redalyc.org/pdf/646/64602005.pdf>
- Melo, O. D. y Echeverry, R. M. (2018). Control de legalidad a los actos discrecionales de libre nombramiento y remoción [tesis de especialización, Universidad La Gran Colombia].

- Repositorio Institucional.
https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/5468/Control_libre_nombramiento_remoci%C3%B3n.pdf?sequence=1
- Mesquida, J. (2003). El concepto de discrecionalidad y su control. *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez-ACFS*, (37), 337-358.
<https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/download/1096/1294/>
- Milkes, I. (2018). Buena administración y la motivación de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales. *Revista digital de Derecho Administrativo*, (21), 153-178.
<https://doi.org/10.18601/21452946.n21.08>
- Murillo, J. (2014). Las facultades discrecionales en el estado social de derecho colombiano: una aproximación a la discrecionalidad técnica desde la doctrina y la jurisprudencia [tesis de maestría, Universidad del Rosario]. Repositorio Institucional.
<https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/9638>
- Ortega, L. G. (2018). El acto administrativo en los procesos y procedimientos. Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Pardo, M. J. (1997). Acerca de las diferencias entre discrecionalidad y arbitrariedad en la actuación de la Administración. *Revista jurídica de la Región de Murcia*, (24), 109-121.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4714197>
- Presidencia de la República de Colombia. (1968). Decreto 2400 de 1968 Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1198>
- Sáenz, V. (2017). Constitucionalidad de la discrecionalidad en las declaraciones de insubsistencia de empleados de libre nombramiento y remoción. Análisis desde la teoría del estado social de derecho [tesis de maestría, Universidad Militar Nueva Granada]. Repositorio Institucional.
<https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/16616>
- Witker, J. (1997). *La investigación jurídica*. McGraw Hill.