

DISCRECIONALIDAD DE LOS NOMINADORES PARA EL RETIRO DE UN EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

Nombre de los estudiantes:

ANA CAROLINA ROBLES DE LA ROSA
MARÍA ALEJANDRA RIVERA ORTEGA
ADALBERTO HERNANDEZ SOLIS

Trabajo de Investigación o Tesis Doctoral como requisito para optar el título de
Especialista en Derecho Procesal

Tutores

Inés Emilia Rodríguez Lara

RESUMEN

Antecedentes: 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 y a fin de garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos. 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. En 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. **Objetivos:** El propósito central, es el abordar el tema de la discrecionalidad administrativa y acerca del debate en torno a la posibilidad de aplicación en la motivación en la declaración de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción. **Metodología.** En el ensayo es descriptivo, en el cual, se establece como tesis, que la motivación de todo acto administrativo garantiza el respeto absoluto por el principio rector de la discrecionalidad en la administración pública, en ese sentido, al final del texto, se defiende el precepto de que la motivación sea la regla general de todo acto administrativo y con ello se evite, la arbitrariedad de los funcionarios dentro

del contexto administrativo y organizacional del Estado. **Resultados:** El deber de la motivación de los actos de retiro de ciertos funcionarios de libre nombramiento y remoción, está contenido en el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, sin embargo, no se establece la obligación de motivar el acto discrecional de retiro, pero sí determina la obligación de que, en todo caso, en la hoja de vida del empleado, el nominador deje constancia del hecho y de los móviles particulares que ocasionaron el retiro. En esa medida, se considera, que hay incongruencia de posiciones entre la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa, debido a que en primera instancia, en este requisito constituye un límite a la facultad discrecional de remoción, evitando que esta se ejerza en forma arbitraria. **Conclusiones:** La normatividad vigente en materia de discreción administrativa, independiente de las circunstancias relativas en que se desarrollan los hechos de nombramiento y libre remoción de los empleados públicos y su declaratoria de insubsistencia, debe prevalecer el respeto de los derechos fundamentales en un Estado social de derecho, en ese sentido, se debe exigir la motivación del acto discrecional de retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción, en conjunción con el principio que establece la Ley 1437 de 2011.

Palabras clave: Administración. Discrecionalidad, Nombramiento, Motivación, Estado, Insubsistencia.

ABSTRACT

Background: Administrative discretion has been a legal institution present in the history of public law, starting with the French Revolution, when it arose, due to the need to grant greater power to the state administration and in order to guarantee protection of the rights of citizens. Administrative discretion has been a legal institution present in the history of law, especially administrative law since the French Revolution, justifying said power on the part of the administrative authorities when offering greater guarantees in the protection of the rights of citizens, however, this position cannot be of general application, less when through its actions are justified that can trigger the violation of rights such as the right to work, as well as the related rights derived from it. In the full exercise of the functions contemplated in the fundamental basic norm and other regulatory laws, the administrative authorities must have a certain margin of discretion when making decisions, however, it is also true that in a Social State of Law this must be the exception and not the rule, so each of the cases in which said institution would be applicable must be analyzed separately. **Objectives:** The main purpose is to address the issue of administrative discretion and about the debate around the possibility of application in the motivation in the declaration of non-subsistence of employees of free appointment and removal. **Methodology.** In the essay it is descriptive, in which, it is established as a thesis, that the motivation of any administrative act guarantees absolute respect for the guiding principle of discretion in public administration, in that sense, at the end of the text, the precept that the motivation be the general rule of all administrative acts and thereby avoid the arbitrariness of the officials within the administrative and organizational context of the State. **Results:** The duty to motivate the acts of retirement of certain officials of free appointment and removal, is contained in article 26 of Decree Law 2400 of 1968, however, the obligation to motivate the discretionary act of retirement is not established, but if it determines the obligation that,

in any case, in the employee's resume, the nominator leaves a record of the fact and of the particular motives that caused the withdrawal. To this extent, it is considered that there is an incongruity of positions between the constitutional and contentious-administrative jurisprudence, because in the first instance, this requirement constitutes a limit to the discretionary power of removal, preventing it from being exercised arbitrarily. Conclusions: The current regulations on administrative discretion, regardless of the relative circumstances in which the events of appointment and free removal of public employees and their declaration of non-subsistence take place, should prevail respect for fundamental rights in a social State of Right, in this sense, the motivation of the discretionary act of withdrawal of employees of free appointment and removal must be required, in conjunction with the principle established by Law 1437 of 2011.

Keywords: Administration. Discretion, Appointment, Motivation, Status, Insubsistence.

REFERENCIAS

1. Bonilla C., y Rodríguez S. (2005). Más allá del dilema de los métodos (3 ed.).
2. Brewer-C. (1998). Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimientos administrativos en América Latina. 2-64.
3. Corte Constitucional, Sentencia T- 402 de 1992.
4. Corte Constitucional, Sentencia C-734 de 2000.
5. La Corte Constitucional, Sentencia T-132 de 2007
6. Corte Constitucional, Sentencia T-686 de 2014.
7. Cárdenas S. (2012). Motivación del acto administrativo de insubsistencia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad. 4-30.
8. Fernández Y. (2009). Juicio político o procedimiento de responsabilidad administrativa a los servidores públicos. 4-21.
9. Henríquez P. (2009). Cartilla Laboral. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública.
10. López, E. C. (2009). La provisionalidad y la facultad discrecional de la administración en el ordenamiento jurídico colombiano. 39 (110), 125-155.
11. Madrid C. (2016). Alcance de la facultad discrecional de retiro de servidores públicos de libre nombramiento y remoción en Colombia. Debates

jurisprudenciales en sede constitucional y contenciosa administrativa, y a partir de la Ley 1437 de 2011. Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín.

12. Marín, C. (2006). La desviación de poder. 33 (3), 600-603.
13. López, E. C. (2009). La provisionalidad y la facultad discrecional de la administración en el ordenamiento jurídico colombiano. 39 (110), 125-155.
14. Prieto, E. (2009). La discrecionalidad de los actos administrativos. 1-6.
15. Paneque, M. (2006). El control judicial en el ámbito de la facultad discrecional de la administración pública en Cuba.
- 16.
17. Puentes R. (2012). Análisis a los procesos de reintegro de personal en entidades del Estado que genere estrategias administrativas para disminuirlos "Análisis Policía Nacional". 11 a 96.
18. Rincón S. (2009). "Facultad discrecional ", planeación y eficiencia en la gestión del recurso humano militar. XII (24), 11-22.
19. Rojas, V. (2010). La constitucionalización del derecho administrativo en Colombia: el Consejo de Estado y el caso de los actos discrecionales que ordenan el retiro.
20. Villareal, M. (2012). La motivación del acto administrativo. 2-92. Bonilla C., y Rodríguez S. (2005). Más allá del dilema de los métodos (3 ed.).