

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

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

Trabajo de Investigación como requisito para optar el título de Especialista en Derecho
Procesal.

Tutores
Inés Emilia Rodríguez Lara

INTRODUCCIÓN

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. Sin embargo, 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, aunque 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, y en donde 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. (Bonilla y Rodríguez, 2005).

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.

El presente ensayo, tiene como 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. En ese sentido, se examina, de que dicha aplicación en algunos casos es de carácter excepcional, y 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 ensayo, 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.

DESARROLLO

Según la ley 909 de 2004, los empleados que pueden ser vinculados bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción deben 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.

A partir de la expedición de la Ley 1437 del 18 de Enero de 2011, y su entrada en vigencia el 2 de Julio de 2012, y comparándola con el antiguo Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), se introdujo en su artículo 3, el principio del debido proceso, a pesar de que venía siendo regulado, en el artículo 29 de la Carta Política de Colombia de 1991, lo cual suscita un especial interés, en cuanto a las diversas posturas asumidas por parte de la doctrina frente a la incidencia que puede tener o no este principio jurídico alrededor del acto administrativo discrecional y en su relación, con el retiro de un funcionario de libre nombramiento y remoción.

Algunos autores, se han ocupado del estudio de las implicaciones de la Ley 1437 de 2011 en la discrecionalidad de los actos administrativos, en ese sentido, Ortiz, Rodríguez y Perdomo (2011, citado por Madrid, 2016, p.6), establecen, que la expedición de la Ley

1437 de 2011, supuso una limitación al criterio según el cual, las razones del servicio son motivación suficiente en el acto administrativo discrecional, variando la posición reiterada del Consejo de Estado, y condicionando el criterio a la inclusión del principio jurídico del debido proceso en la Ley 1437 de 2011. En ese sentido, realizan un análisis de la concepción del acto administrativo discrecional, especialmente en uno de sus elementos como es precisamente la motivación, y de su relación con el concepto de Estado social de derecho, para concluir, que no resulta afortunada la reciente reforma al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al no considerar un respeto por el principio del debido proceso en el acto discrecional, el cual es blindado por la norma superior, como expresión soberana de un Estado social de derecho como el que se tiene, en procura de respetar los derechos fundamentales al ciudadano.

Para estos autores, un Estado como el colombiano, fundado en una estructura social de derecho, donde las garantías a los derechos fundamentales le dan naturaleza, no puede vulnerar el debido proceso, so pretexto de razones de buen servicio, que no se evidencian, pues además de constituir una burla al Estado social, también lo es del estado de derecho basado en el principio de legalidad. En ese orden de ideas, se plantea, que se requiere expedir un ordenamiento jurídico por el órgano legislativo del Estado que permita el respeto absoluto de los derechos de los funcionarios de libre nombramiento y remoción al momento de ser retirados del servicio público. Se hace mención, de que el Presidente de la República sancionó la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y que contó con la participación del Consejo de Estado, el Ministerio del Interior y de Justicia, magistrados y jueces

administrativos de Colombia, y como invitado especial, el Consejo de Estado de Francia, a pesar de que:

Dicha norma omitió tomar medidas frente a la denominada facultad discrecional, es decir, que si una de sus intenciones era adecuar un Código de 1984 a la Constitución de 1991, se quedó corto (Kerlly Zulay Ortiz Nieto, 2011, citado por Madrid, 2016, p.6 citado por Madrid, 2016, p.7).

Otros autores, se han ocupado del tema en el derecho comparado, así, Villareal (2012), realiza un estudio sobre la motivación del acto administrativo frente a la legislación del Ecuador. Allí se ocupa de analizar dicha figura jurídica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, considerando indispensable, el requisito de la motivación como garantía de defensa, justicia y publicidad en la conducta de los jueces y el control del pueblo sobre el desempeño de sus funciones. Por ello, de manera acertada indica, que:

Se le ha reconocido incluso jerarquía constitucional y la actual Constitución del 2008, adicionalmente, prevé la nulidad, como consecuencia de su omisión, lo cual concuerda con el nuevo paradigma de Estado constitucional de derechos y justicia social que establece nuestra nueva Carta Magna (Villareal, 2012).

Otro de los temas de interés del debate, es el artículo 36 del Decreto 01 de 1984, el cual, con el tránsito legislativo pasó a ser el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, y viene siendo centro de discusión y ha sido objeto de estudio por Rojas (2010), el cual expone, que

debido a la impregnación de los principios constitucionales en el derecho administrativo y en especial en los actos administrativos discrecionales.

Necesariamente se modifica su entendimiento y conceptualización en la medida en que la interpretación legalista y clásica de esos actos, tiene como fundamento un Código pre-constitucional. En consecuencia, en la práctica lo que debe ocurrir es que en la expedición y ejecución de esos actos debe respetarse, ante todo, el debido proceso y las garantías que lo componen (Rojas, 2010).

Por su parte, Cárdenas (2012), realiza un análisis del artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, el cual consagra la regla general de la discrecionalidad y señala dos supuestos, el primero: que debe ser adecuado a los fines de la norma que lo autoriza, esto es, debe haber una relación entre la decisión de contenido jurídico discrecional con el fin perseguido, y el segundo: que debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, que no es más que la concordancia que debe existir entre la realidad del hecho con los fundamentos de derecho, que suponen la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión. Consideran estos autores, que la falta de motivación del acto administrativo que declara insubsistente a un funcionario, genera una trasgresión a los principios constitucionales de la función pública, en la medida en que el nominador no establece las razones del servicio por las cuales se realiza el retiro del empleado.

Hacen mención de la posición de la Corte Constitucional, en cuanto ha señalado, que la no motivación del acto administrativo de insubsistencia constituye una omisión que afecta principios y derechos constitucionales, por lo que:

Toda vez, que la motivación del acto administrativo es garantía constitucional del administrado para ejercer su derecho de defensa, ante la decisión adoptada por la administración; en este sentido la administración está obligada a motivar los actos administrativos de insubsistencia (Cárdenas 2012, p.4).

Rincón (2009), concentra sus reflexiones en la facultad discrecional, teniendo en cuenta la planeación y eficiencia en la gestión del recurso humano específicamente militar, considerando la obligación del Estado de motivar el retiro de los miembros de las fuerzas militares de conformidad al ejercicio discrecional que le otorga la ley—por razones del servicio- dado que los límites impuestos por el juez al ejercicio de esta potestad al interior de dichos miembros, contribuyen a administrar mejor, en ese sentido, se afirma que:

Generan la obligación para el Estado de enmarcar sus decisiones dentro de políticas estructuradas de planeación de Recursos Humanos al interior de la institución militar, que redundan en un mejoramiento de la eficiencia en el actuar de la administración y en un mayor respeto y garantía de los derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Militares (Rincón, 2009, p.11).

Por su parte, Prieto (2009), realiza un análisis de la facultad discrecional desde el punto de vista de la clasificación de los actos administrativos, los tipos y los principios que la inspiran y la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad, considerando, que el acto reglado requiere de motivación, mientras el acto discrecional tiene el polo opuesto: no admite motivación porque iría en contra de su esencia y su naturaleza, en ese sentido expresa que:

El acto reglado es el acto que constituye la mera ejecución de la ley, el cumplimiento de una obligación que la ley impone a la administración cuando se han realizado determinadas condiciones de hecho. Por el contrario, el acto discrecional tiene lugar cuando la ley deja a la administración un poder libre de apreciación para decidir (Prieto, 2009, p.1).

Puentes (2012), en su estudio, en el objeto de establecer un análisis crítico sobre las posibles causas que se pueden evidenciar en el proceso de retiro adelantados entre el 2002 hasta el primer semestre de 2010 en la Policía Nacional y qué estrategias se deben plantear para el fortalecimiento y control de la situación encontrada que disminuyan los reintegros (Puentes, 2012).

Es bueno considerar, los reintegros a efectuar cuando al servidor público se le aplica la medida discrecional, donde se ven reflejados los desaciertos administrativos y por ende el mayor perjudicado resulta ser la misma institución. En ese sentido, para corregir los procesos de retiro y reducir los costos de indemnización, se deben tomar medidas como trabajar con soportes tecnológicos falta implementar tecnología avanzada, con el fin de

mejorar sus procesos de selección de personal, seguimiento, evaluación de desempeño, control de retiros, documentación y reintegro. Al respecto, Puente (2012), establece que:

Es importante desarrollar un Software que permita el registro en el formulario de seguimiento en tiempo real, igualmente los antecedentes que tienen afectación generando automáticamente la evaluación de desempeño de acuerdo al Decreto Ley 1800 de 2000 (Puentes, 2012, p.11).

Por su parte, Marín (2006), realiza un análisis del acto discrecional desde una de las causales de nulidad, como lo es, la desviación de poder, en donde considera, que no es fácil identificar dicha causal en un acto discrecional inmotivado, pero si habrá una mayor claridad para el juez hacerlo en un acto discrecional motivado. Para esta autora, en el acto demandado se pueden esconder una serie de intereses de tipo subjetivo y arbitrario que afectan la voluntad administrativa y por lo tanto constituyen una desviación de poder. Así mismo, la autora muestra que:

De ello se ha hecho cargo también el Consejo de Europa al aconsejar a los miembros que los actos emanados de facultades discrecionales deben ser controlados jurisdiccionalmente, y especialmente, el deber de motivar los actos administrativos, medida que en gran magnitud aminora toda desviación de poder (Marín, 2006).

López (2009), concentra su atención, en la facultad discrecional en torno al retiro de los funcionarios que ocupan un cargo de libre nombramiento y remoción, y los que ocupan un cargo de carrera administrativa en provisionalidad, haciendo significancia, que esto no

es más, que la divergencia jurisprudencial entre las altas cortes del país en cuanto a la motivación del retiro. Este autor, considera, que para los cargos de libre nombramiento y remoción, el retiro no se debe motivar, basta simplemente con que se trate de razones del servicio, mientras que, por el contrario, en los cargos de carrera administrativa ocupados por provisionales, sí se exige la motivación en el acto discrecional de retiro. En ese orden de ideas, este autor expresa que:

No es lógico ni justo que al afectado por un acto administrativo de desvinculación salvo en los casos de libre nombramiento y remoción no se le indique el motivo del retiro para que se defienda del señalamiento que se le hace (López, 2009, p.125).

Por su parte, Brewer (1998), realiza un análisis de la inclusión de los principios jurídicos en Colombia y en otros países de América Latina en el procedimiento administrativo. Concentra sus reflexiones, en torno a la incidencia del principio jurídico del debido proceso en la garantía del derecho de defensa y contradicción en los actos discrecionales. Según este autor:

En todos los países de América Latina, la motivación de los actos administrativos, ha sido, en primer lugar, el establecimiento de un régimen de acción de la administración, para la producción de sus actos administrativos y, en segundo lugar, la previsión de un régimen de garantía de los particulares frente a la administración (Brewer, 1998, p.2).

Asimismo, reflexiona el autor, a través del derecho comparado, sobre los principios que deben guiar el procedimiento administrativo, verbigracia la ley argentina en la cual

rigen los principios de celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites, en el caso de Venezuela aparte de los anteriores, se añade el principio de imparcialidad; en México, se suma el principio de la buena fe. En Uruguay, se adiciona el principio del debido procedimiento y motivación de la decisión; y en Colombia, además de todos estos principios, se agrega el principio del debido proceso, publicidad y contradicción. Para Brewer (1998), estos principios, deben servir como criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento.

Por su parte Fernández (2009), realiza un análisis de la aplicación de la medida discrecional considerando que ella debe ser impuesta bajo los límites de la ley, basta con aducir razones del servicio en la motivación del acto discrecional de retiro del servidor público, y establece que:

Dicha elección se hará en base a la valorización y apreciación que hace de los hechos ante los que se encuentra. Apoyándose y respetando por tanto las reglas de la moral y del interés público (Fernández, 2009, p.4).

Paneque (2006), realiza un estudio alrededor de la distinción de la potestad reglada y la potestad discrecional de la administración pública, en donde la primera por regla general exige expresar los motivos en el cuerpo del acto administrativo, como, por ejemplo: por violación al régimen disciplinario y su consecuencial destitución, en ese sentido, este autor considera que:

De esta manera se realiza un proceso aplicativo de la ley que no permite ningún juicio subjetivo, siendo la decisión obligatoria, y cuyo contenido no puede ser configurado libremente por la administración, debiendo limitarse a lo que la propia ley ha estipulado sobre determinado aspecto de forma precisa y completa (Paneque, 2006).

Según Paneque (2006), en la potestad discrecional, no se expresan los motivos en el cuerpo del acto administrativo, sino que tiende a satisfacer los intereses públicos; el acto arbitrario, aun aparentando a veces legitimidad, se aparta de la finalidad a que el acto emitido debe responder. En la conclusión de su estudio, finaliza en que los actos reglados están sometidos a un procedimiento, mientras que los actos discrecionales están exentos de procedimiento, y a la vez plantea que:

La discrecionalidad surge cuando el ordenamiento jurídico otorga a algún órgano competente para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público. Por lo que se afirma que no hay discrecionalidad al margen de la ley, sino justamente solo en virtud de la Ley (Paneque, 2006).

Por su parte Pierry (1984), realiza un análisis de la discrecionalidad de los actos, desde el punto de vista de la desviación de poder. Allí afirma, que mientras la administración ejerza razonablemente su poder discrecional dentro del límite que le fija el derecho, sus decisiones serán lícitas y no podrán ser anuladas por el juez; pero si la potestad es distinta al interés general, entonces ese acto sería susceptible de control jurisdiccional por parte del Juez, donde le corresponderá decretar la ilegalidad del acto por estar viciado de desviación de poder.

La teoría del Estado Social de Derecho, 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, 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. 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 (Corte Constitucional, Sentencia T- 402, 1992).

En línea con 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.

Así en la búsqueda de la aplicación de justicia, el Estado social de derecho propende por la igualdad y la libertad. 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. En ese sentido, un funcionario 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 (Henríquez, 2009).

Ahora bien, la Sentencia T-686 de 2014, 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 funcionario. 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, Sentencia T-686 de 2014, pág. 2).

También se concibe, que 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 (Corte Constitucional, Sentencia T.686, 2014).

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 si 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, tal como lo reconoció la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de este precepto en la Sentencia C-734 de 2000. en el segundo caso, es un simple requisito formal que no tiene la virtualidad de desvirtuar la presunción de legalidad del acto de retiro, por lo tanto, la Corte estableció, que se trata de una discrecionalidad relativa, al respecto Mesa (2000), expone que:

No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que, en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda. No hay en este caso, excepción al principio de publicidad de los actos administrativos, pues el interesado puede conocer la motivación que originó su retiro. En virtud de lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de la proposición jurídica completa conformada por el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968 (Mesa, 2000, citado por Madrid, 2016, p.51).

Por otra parte, si bien un funcionario de libre nombramiento y remoción puede ser removido a través de un acto inmotivado, en pro de garantizar el respeto del debido proceso en el acto administrativo de retiro, se menciona en el artículo 26, que la autoridad debe constar en la hoja de vida del servidor público los hechos y las razones que causan su desvinculación. Con este requerimiento, se evita la arbitrariedad en esas decisiones (Corte Constitucional Sentencia C-734, 2000).

La Corte Constitucional en la Sentencia T-132 de 2007, se confiere, que en los cargos de libre nombramiento y remoción la confianza representa uno de los aspectos centrales, lo cual explica que el legislador haya contemplado como regla general una excepción al deber de motivación de los actos discrecionales, es decir, que no se exige la motivación en el acto administrativo discrecional del servidor público. En ese sentido, se expone que:

La legislación prevé que en ciertos casos no se requiere la motivación. Esto sucede, por ejemplo, cuando quien se desvincula del servicio es un empleado de libre nombramiento y remoción. Ha manifestado la Corte Constitucional que al tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador. Este tipo de empleos suponen la existencia de estrechos lazos de confianza de modo que el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación (Mesa, 2000 y Espinosa, 2001, citado por Madrid, 2016, p.51).

En relación a la relatividad manifiesta en el párrafo anterior, se hace mención de aquellos empleados que desempeñan funciones de dirección, confianza o manejo de políticas (Art. 5, literal a), b), c) y d), Ley 909 de 2004), corresponden a cargos de libre nombramiento y remoción (Sentencia Corte Constitucional T-132, 2007). En estos casos, opera una facultad especial para los nominadores para removerlos con mayor libertad en razón a las especiales actividades que desarrollan, las que los pone en estrecha relación con su nominador. Así lo señala la Corte Constitucional:

Dada la naturaleza de las funciones que corresponde a los empleados públicos del nivel directivo, son de libre nombramiento y remoción. El alto grado de confianza que el desempeño de tales cargos exige, ha sido criterio de orden legal para el efecto. Además, ha de tenerse en cuenta que a ellos les corresponde el ejercicio de funciones de dirección general, lo que implica participar en el diseño y la formulación de las políticas institucionales de la entidad pública donde prestan sus servicios, así como las altas decisiones en relación con los planes, programas y proyectos en el ámbito de su competencia (Sierra, 2003, citado por Madrid, 2016).

En línea con lo anterior, la administración goza de un margen amplio de discrecionalidad, pero ello, no justifica el que haya una actuación arbitraria, pero tampoco exige que el acto de desvinculación deba ser motivado. Por tanto, la falta de motivación del acto que desvincula a una persona que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción no es contrario a la Constitución (art.125).

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 casos de la declaratoria de insubsistencia, se ha presentado diversa jurisprudencia que cuestiona la discrecionalidad administrativa, por lo tanto, se puede conferir, que tal acto puede llegar a vulnerar derechos constitucionales de los ciudadanos.
- Desde las diversas potestades que tiene la administración pública, está la del libre nombramiento y remoción, y el empleo de esta figura jurídica, 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.
- Se concluye, que 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, debido a que dicha motivación, evitaría el abuso de las autoridades administrativas y tal potestad, bajo

los principios de razonabilidad y proporcionalidad, no implicaría el fuero de intangibilidad de los actos administrativos; de lo contrario, per se conllevaría admitir que la motivación de todo acto administrativo garantiza el respeto absoluto por el principio rector de la discrecionalidad en la administración pública, debido a que ello no contraviene los postulados de un Estado social y democrático de derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Bonilla C., y Rodríguez S. (2005). Más allá del dilema de los métodos (3 ed.).

Brewer-C. (1998). Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimientos administrativos en América Latina. 2-64.

Corte Constitucional, Sentencia T- 402 de 1992.

Corte Constitucional, Sentencia C-734 de 2000.

La Corte Constitucional, Sentencia T-132 de 2007

Corte Constitucional, Sentencia T-686 de 2014.

Cárdenas S. (2012). Motivación del acto administrativo de insubsistencia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad. 4-30.

Fernández Y. (2009). Juicio político o procedimiento de responsabilidad administrativa a los servidores públicos. 4-21.

Henríquez P. (2009). Cartilla Laboral. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública.

López, E. C. (2009). La provisionalidad y la facultad discrecional de la administración en el ordenamiento jurídico colombiano. 39 (110), 125-155.

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.

Marín, C. (2006). La desviación de poder. 33 (3), 600-603.

López, E. C. (2009). La provisionalidad y la facultad discrecional de la administración en el ordenamiento jurídico colombiano. 39 (110), 125-155.

Prieto, E. (2009). La discrecionalidad de los actos administrativos. 1-6.

Paneque, M. (2006). El control judicial en el ámbito de la facultad discrecional de la administración pública en Cuba.

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.

Rincón S. (2009). "Facultad discrecional ", planeación y eficiencia en la gestión del recurso

humano militar. XII (24), 11-22.

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.

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.).