

**William Andrés Ordóñez Bastidas\***

Fundación Universitaria de Popayán (Popayán, Colombia)

willaob@hotmail.com

**La desviación del poder como límite a  
la discrecionalidad en la declaración de  
insubsistencia de funcionarios de libre  
nombramiento y remoción\*\***

*The deviation of power as a limit to the discretion in  
the declaration of insubsistence of free appointment and  
removal officers*

*O desvio do poder como limite à discricionariiedade na  
declaração da insubsistência de funcionários de livre  
nomeação e remoção*

**Artículo de investigación:** recibido 05/06/2017 y aprobado 25/08/2017

\* Abogado de la Universidad del Cauca, profesor de pregrado de esa misma universidad y de la Fundación Universitaria de Popayán, miembro activo del Grupo de Investigación en Ética, Filosofía Política y Filosofía del Derecho de la Universidad del Cauca, y candidato a magíster en Derecho Médico en la Universidad Externado de Colombia.

\*\* El presente artículo se deriva del proyecto de investigación La desviación del poder como límite a la discrecionalidad en la declaración de insubsistencia de funcionarios de libre nombramiento y remoción, con fecha de inicio el 01 de agosto de 2016 y finalización el 30 de noviembre del mismo año. La financiación del mismo estuvo a cargo de la Fundación Universitaria de Popayán.



## Resumen

Pese a la confianza que requieren los cargos de libre nombramiento y remoción, la discrecionalidad en los actos administrativos que declaran su insubsistencia no implica facultades absolutas, sino que somete a la administración al mejoramiento del servicio, al interés general, a los requisitos legales de inscripción en la hoja de vida, a los parámetros jurisprudenciales de registro de motivos y al respeto por los derechos fundamentales del servidor público. Metodológicamente, se explicarán los elementos que acreditan la desviación del poder ante una arbitrariedad en la insubsistencia de este tipo de empleos, sus principales medios de prueba, y se justificará la acción de repetición.

**Palabras clave:** Nulidad; Desviación del poder; Interés general; Interés particular; Confianza.

## Abstract

Despite the confidence required by the free appointment and removal position, the discretion in the administrative acts that declare the non-subsistence does not imply absolute powers, but rather submits the administration to the service improvement, to the common interest, to the legal requirements of the registration in the curriculum vitae, to the jurisprudential parameters of registration of reasons and to the respect for the fundamental rights of the public servant. Methodologically, the elements that prove the deviation of power before an arbitrariness in the non-subsistence of this type of jobs, its main means of proof and justification of the repetition action will be explained.

**Keywords:** Nullity; Deviation of power; Common interest; Particular interest; Trust.

## Resumo

Pese a confiança que requerem os cargos de livre nomeação e remoção, a discricionariedade nos atos administrativos que declaram sua insubsistência não implica capacidades absolutas, senão que submete à administração ao melhoramento do serviço, a interesse geral, aos requisitos legais de inscrição no curriculum, aos parâmetros jurisprudenciais de registro de motivos e ao respeito pelos direitos fundamentais do servidor público. Metodologicamente, se explicarão os elementos que creditam o desvio do poder ante uma arbitrariedade na insubsistência deste tipo de empregos, seus principais meios de prova, e se justificará a ação de repetição.

**Palavras chaves:** Nulidade; Desvio de poder; Interesse geral; Interesse particular; Confiança.



## Introducción

En un país como Colombia, en el que el Estado es un gran empleador, es de interés para la sociedad en general, y no solo para el derecho, la regulación jurídica del sector administrativo laboral; y por ser no solamente los abogados, sino los ciudadanos en general, los llamados a ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, es válido y pertinente analizar la discrecionalidad como facultad que rige la insubsistencia en este tipo de empleos en la función pública.

Un análisis superficial del régimen administrativo-laboral orienta a pensar que los cargos de libre nombramiento y remoción, por la confianza que implican, no gozan de ningún tipo de protección y que, por ende, los funcionarios que los desempeñan pueden ser declarados insubsistentes sin justificación.

Sin embargo, el sustento ontológico del Estado social de derecho lleva inmersa la necesidad de limitar al poder político, característica que no permite que la potestad administrativa nominadora pueda ser ejercida desde la arbitrariedad,<sup>1</sup> pues ello equivaldría a permitir la utilización de la administración para fines distintos a la prestación de un servicio público en las mejores condiciones posibles y en procura del interés general.

A partir de estas consideraciones teóricas, en el presente artículo se resolverá el siguiente problema de investigación: pese a la confianza que requieren, ¿qué límites tiene la discrecionalidad de la declaratoria de insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción?

Para resolverlo, se explicará, con sustento en las normas jurídicas, la jurisprudencia y la doctrina, que en el Estado de derecho no existen facultades absolutamente discrecionales<sup>2</sup> y, por tal situación, los actos administrativos por medio de los que ellas se ejercen no deben carecer de motivos, han de apegarse a

1 Para Cassagne (2009), la arbitrariedad es un concepto amplio «y comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario, siendo uno de los límites sustantivos de la discrecionalidad» (p. 196).

2 «El ordenamiento jurídico al momento de regular la actividad de la Administración, puede hacerlo de forma tan minuciosa y completa que, ante un supuesto de hecho, aquella solo pueda actuar de una manera determinada; lo que se denomina *potestad reglada*, puesto que, todo el actuar administrativo está predeterminado por las normas jurídicas aplicables, de forma tal, que, ocurrido el supuesto de hecho previsto en la norma, no hay más que una sola decisión jurídicamente aplicable. En este caso, la Administración es una mera ejecutora de la Ley. En otros casos, el ordenamiento jurídico no regula con tanta precisión cuál debe ser el actuar de la Administración, sino que le otorga la capacidad de aplicar la norma de diferentes maneras, estimando la conveniencia para el interés público; en este caso la Administración cuenta con un amplio margen de decisión, lo que se denomina *discrecionalidad administrativa*» (Murillo, 2014, p. 41).

los límites de la ley, como la adecuación y proporcionalidad del acto, ejercitarse solo cuando haya competencia y no permitirse que sean móviles subjetivos los que susciten su expedición.

### **Normas jurídicas que sustentan el control sobre los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción**

La facultad discrecional del nominador para declarar la insubsistencia en un cargo de libre nombramiento y remoción no puede ser óbice para vulnerar los principios establecidos de manera directa en nuestro ordenamiento superior.

La constitución política, desde su preámbulo, consagra el trabajo, la justicia y el orden social justo como principios jurídicos que inspiran la norma superior; asimismo, el artículo 1 edifica al trabajo como pilar del Estado social de derecho; el artículo 2 establece la vigencia de un orden justo; y el artículo 25 consagra el derecho fundamental al trabajo. Asimismo, al ser la declaratoria de insubsistencia un procedimiento administrativo, le es aplicable el artículo 29 de la C.P. Por otra parte, el artículo 40 #6º consagra el derecho ciudadano de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley; el artículo 53 contempla la estabilidad en el empleo; el artículo 89 consagra la protección judicial de los derechos; el artículo 121 determina el principio de legalidad de las actuaciones estatales; el artículo 125 enuncia las formas de proveer los empleos en los órganos y entidades del Estado; el artículo 209 fija los principios de la función pública, asegurando que ella se encuentra al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en el principio de igualdad y moralidad, entre otros; el artículo 210 extiende la aplicación de los principios de la función pública a las entidades descentralizadas, y el artículo 238 contempla la suspensión provisional de los actos administrativos.

224

---

La Corte Constitucional, a través de la sentencia C-435 de 2013, sintetizó su jurisprudencia al establecer que «la diferencia entre los actos reglados y los discrecionales se reduce, entonces, a una mera diferencia de grado: en los primeros prima la aplicación de normas de jerarquía superior al caso concreto, en los segundos prevalece la creación de soluciones para problemas concretos a la luz de esas mismas normas. Dicho en otros términos, el acto es reglado cuando la ley ha señalado a la administración en forma expresa la forma en que debe actuar, de manera que, producido un hecho, el supuesto o antecedente previsto en la norma, la decisión de la administración no puede ser sino una. El poder discrecional, por el contrario, permite escoger la solución del asunto dentro de distintas opciones, pero ello no quiere decir que la administración pueda actuar al margen de la ley, pues la selección de esas alternativas posibles las consagra el mismo ordenamiento».

En cuanto a las normas legales y administrativas, se cuenta con la existencia del artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968; el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973; la Ley 190 de 1995; el artículo 82 de la Ley 443 de 1998, «Por medio de la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones»; y los artículos 1, 2, 5, 41 y 47 de la 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».

Un especial énfasis requiere el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, el cual se refiere a las decisiones discrecionales y establece que «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 proporcional a los hechos que le sirven de causa». Según la doctrina, «la interpretación sistemática de este artículo permite colegir que las decisiones discrecionales no pueden ser arbitrarias, deben ser motivadas y no excluidas del control judicial; control que versa sobre los elementos discrecionales del acto por sus fines (desviación de poder), motivación, proporcionalidad, razonabilidad, y sujeción a los principios constitucionales y generales del derecho tales como legalidad, igualdad, buena fe, confianza legítima, y no arbitrariedad» (Murillo, 2014, p. 57).

### **Motivos y motivación en el acto administrativo discrecional**

El parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 establece la discrecionalidad en la insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción, disponiendo de manera genérica que «la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante **acto no motivado**».<sup>3</sup>

Sin embargo, el que el acto administrativo discrecional no sea motivado no quiere decir que carezca de motivos. Desde su primigenia jurisprudencia, la Corte Constitucional incluyó dentro de la *ratio decidendi* de la Sentencia T-602 de 1992 la advertencia según la cual «la voluntad del Constituyente fue que toda decisión que afecte intereses de una persona, debe ser motivada, para que sea susceptible de control y no haya así arbitrariedad». Esto quiere decir que las facultades discrecionales no se encuentran exentas de cumplir los principios y reglas establecidas en la constitución, sino que, por el contrario, «el ejercicio

<sup>3</sup> La negrilla es mía.

de ellas debe dirigirse a obtener una mejor calidad y la eficiente prestación de la función pública asignada» (Corte Constitucional, Sentencia C-429, 2001).

En consonancia con las posiciones jurisprudenciales del alto tribunal en comento, el artículo 26<sup>4</sup> del Decreto 2400 de 1968 consagra la obligación de hacer constar en la hoja de vida del servidor público los hechos y las razones que causan la declaratoria de insubsistencia sin motivación, «controlando la arbitrariedad en esas decisiones (motivación posterior)» (Corte Constitucional, Sentencia T-708, 2011). A juicio de este alto tribunal, «esta sabia determinación evita el abuso del derecho y la desviación del poder» (Sentencia SU-250, 1998). Y, si no se cumple lo en él ordenado, se estaría incurriendo una arbitrariedad de la actuación (Sentencia T-064, 2007). No obedecer esta obligación también contravendría el artículo 82 de la Ley 443 de 1998, modificatorio del artículo 3 de la Ley 190 de 1995,<sup>5</sup> y sería una situación contraria a los principios del Estado social de derecho, la democracia y la publicidad en las actuaciones de la administración; derechos de contradicción y defensa que permiten a los asociados acudir ante las instancias gubernativas y judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder.

La Corte Constitucional ha señalado que aún en estas situaciones excepcionales, donde no se requiere expresar los motivos del acto, ello no significa que no deban existir razones suficientes para la expedición del mismo, ya que la ausencia de estas sería equiparable con el concepto de arbitrariedad en la actuación. Así, por ejemplo, la Corte ha señalado que, en el caso de los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción –los cuales constituyen una excepción al principio general de motivación que encuentra soporte en normas superiores y en el hecho de que la provisión de dichos empleos supone la consideración, principalmente, de razones de tipo personal o de confianza– resulta necesario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, que la autoridad administrativa deje

4 Decreto 2400 de 1968, artículo 26: El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.

5 Ley 443 de 1998, artículo 82º. El artículo 3 de la Ley 190 de 1995 quedará así:  
**Artículo 3º.** La Hoja de Vida de los servidores públicos o de los contratistas de la administración, contendrá las modificaciones sucesivas que se produzcan a lo largo de toda la vida laboral o vinculación contractual, en los términos en que lo establezca el reglamento.

constancia del hecho y de las causas que ocasionaron la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en la respectiva hoja de vida, con lo cual, conforme lo ha establecido esta Corporación, se garantiza que el afectado pueda conocer los motivos que impulsaron a la Administración a adoptar tal decisión y se evita la arbitrariedad en dichas actuaciones (Corte Constitucional, Sentencia T-064, 2007).

La Corte Constitucional estableció que si bien los actos administrativos que declaran la insubsistencia de empleados de libre nombramiento y remoción son de carácter discrecional, ello no es óbice para que se tenga que dejar copia de los motivos en la hoja de vida, lo cual protege al empleado de la arbitrariedad del nominador, la cual puede ser constitutiva de una desviación de poder. Enuncia la Sentencia C-734 de 2000, que revisó la constitucionalidad del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968:

El artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, leído íntegramente indica que en la respectiva hoja de vida del funcionario desvinculado, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que ocasionaron su retiro. Esta prescripción aleja a la facultad discrecional que se contiene en la norma, de la posibilidad de ejercerse en forma caprichosa o arbitraria, al ordenar dejar constancia posterior, aunque sumaria, de la motivación que condujo a la decisión de declarar insubsistente al funcionario. Por ello, el sentido completo del artículo 26 consiste en indicar que la providencia que ordena la desvinculación no tiene que expresar dentro de su propio texto la motivación de tal decisión, no obstante lo cual debe dejarse constancia de ella en la hoja de vida del servidor público. Así, el funcionario desvinculado puede conocer las razones que llevaron a declarar la insubsistencia de su designación, y si estima que ellas **configuran una arbitrariedad, un abuso o una desviación de poder**,<sup>6</sup> ejercer los medios de defensa judicial a su alcance. [...] De esta manera, la lectura completa de la disposición acusada, lleva a concluir sobre su exequibilidad. No solo 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

---

<sup>6</sup> La negrita es mía.

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

De la aplicación del citado artículo 26 del D. 2400 de 1968, acerca del contenido que debe consignarse en la hoja de vida del empleado de libre nombramiento y remoción declarado insubsistente, la Corte Constitucional, en Sentencia T-372 de 2012, manifestó lo siguiente:

El cumplimiento de este requisito (motivación de la insubsistencia) no se reduce a la enunciación formal de expresiones genéricas que no expongan la realidad del sustento de la medida. Como lo ha sostenido esta Corporación, si bien «en los casos de los empleados de libre remoción existe una mayor discrecionalidad, no implica que la administración pueda actuar arbitrariamente, invocando razones abstractas de buen servicio. Una medida de esta índole, debe obedecer a una justificación mínima en cuanto a la necesidad de atender a la oportuna, eficaz y eficiente prestación del servicio». Así, la mayor libertad «no significa que la administración puede esbozar argumentos genéricos y difusos como justificación de la decisión, pues aquella debe ser (i) suficiente, (ii) concreta, esto es, debe obedecer a móviles particulares (iii) cierta y iv) concurrente al acto que origina el despido» (Corte Constitucional, Sentencia T-732, 2012).

228 En un precedente posterior, el tribunal constitucional colombiano concluyó que:

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, 2014).

Igualmente, el Consejo de Estado (Radicado número 0589-05, 2006), en precedentes acerca del retiro de miembros de la fuerza pública que son tenidos en

cuenta por la Corte Constitucional en Sentencia SU-172 de 2015, se ha referido a los motivos de los actos discrecionales, y al respecto ha manifestado que:

En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, **dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos**, y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida *con inmediatez al retiro, a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida [...]*. **No se trata de exigir la motivación del acto sino la justificación de los motivos**, la primera es un aspecto formal propio de algunas decisiones que implica la expresión en el texto del acto de las razones de su expedición, la segunda es un elemento de su entraña, de su esencia y formación, por ende, es la parte sustancial del acto.

Hoy en día, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional coinciden en que los actos administrativos discrecionales deben contener un «estándar mínimo de motivación», es decir, que «estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos», para así conjurar cualquier tipo de arbitrariedad, tal y como se puede constatar en la Sentencia SU-172 de 2015, del alto tribunal constitucional. La omisión a estas reglas daría lugar a que dentro de la discrecionalidad se constituya una arbitrariedad, la cual se deberá atacar a través de la causal de nulidad de la desviación del poder.

### La desviación de poder

La obligación de motivos en los actos discrecionales conjura la arbitrariedad en la discrecionalidad. Si la discrecionalidad es bien ejercida, dentro de los parámetros legales, no hay tensión entre ella y el Estado social de derecho. Pero si se ejerce de manera irregular, encontramos relación entre la discrecionalidad y la desviación del poder.

De acuerdo con el artículo 138 del CPACA, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho «La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo el artículo anterior». Y el inciso segundo del artículo 137 del CPACA determina que la nulidad procederá

cuando los actos administrativos «hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió».

Esta última causal de nulidad se ha conocido jurisprudencial y doctrinariamente como la desviación de poder, la cual, según el tratadista Jaime Orlando Santofimio Gamboa (2007), «procede en el caso de cualquier clase de actos; no hacemos la diferenciación de actos reglados y discrecionales, por considerar que dentro de la estructura de un Estado de derecho toda actuación debe sustentarse sobre una base legal». Se estructura:

en aquellos eventos en los que la administración, al utilizar sus poderes, actúa pretendiendo alcanzar un fin diverso al que en derecho correspondiere de manera general, o a dicha autoridad en particular [...]. El desvío del poder –señala Marienhoff– de ninguna manera limita las potestades de la administración pública; lo que dicho medio establece es un impedimento justificado a la arbitrariedad, manteniendo las actuaciones de la administración por los senderos de la juridicidad (Santofimio, 2007, p. 410).

Por su parte, Libardo Rodríguez (2008) establece que la desviación del poder:

Se refiere a la intención con la cual la autoridad toma una decisión. Consiste, por tanto, en que una autoridad dicta un acto para el cual la ley le ha otorgado competencia, pero lo expide persiguiendo un fin diferente del previsto por el legislador al otorgarla (p. 298).

Vedel (1980) conceptualiza este vicio nulitante como «el hecho de que una autoridad administrativa utilice sus poderes con vistas a un fin distinto de aquel para el que le han sido conferidos» (p. 506).

La Corte Constitucional en Sentencia C-456 de 1998 estableció que este vicio del acto administrativo se presenta:

cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia.

Según jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación número 25000-23-25-000-2006-04197-01(0461-09), del 12 de abril de 2012:

En los términos establecidos en el artículo 84 del C.C.A., esta causal de anulación de los actos, impone analizar la legalidad de los actos desde su propia finalidad. Al respecto, reitera ahora la Sección, lo dicho en la sentencia de 12 de febrero de 2009, C. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno No. 3009-2004, actor: Ángel Ovidio Buitrago Leguizamón, providencia en la que se dejó sentado lo siguiente:

«La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 2o. de la Constitución Política y artículo 2.º del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser».

### **La naturaleza de los cargos de libre nombramiento y remoción y los límites constitucionales al ejercicio de las facultades discrecionales<sup>7</sup>**

Para Eduardo García de Enterría (1986), la discrecionalidad «es el caballo de Troya dentro del derecho administrativo de un Estado de Derecho» (p. 41), por donde toda la estructura de este podría derrumbarse (Jinesta, 2014), y por ello la Corte Constitucional ha establecido, por medio de Sentencia T-372 de 2012, que las facultades discrecionales de que dispone el nominador tienen unos límites establecidos por el ordenamiento jurídico, especialmente en su rango constitucional y en la estructura de Estado social de derecho que caracteriza a Colombia.

Es así como el artículo 125 de la Constitución establece la regla general de la carrera administrativa para proveer los empleos públicos, donde los de libre

7 El presente artículo, por especificación temática, solo se refiere a la desviación del poder. Sin embargo, para la ampliación de las formas de ataque que pueden llevarse a cabo en contra de un acto discrecional, se recomienda revisar a Eduardo García Enterría (1962), donde se plantea a) el control de los hechos determinantes que facultan para el uso de una facultad discrecional, dado que el supuesto de hecho existe o no existe. b) El control sobre los conceptos jurídicos indeterminados, muy usuales en el derecho administrativo y el público en general. c) El control mediante los principios generales del derecho administrativo.

nombramiento y remoción constituyen una excepción que ha sido definida principalmente por las leyes 443 de 1998 –«por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones»– y 909 de 2004 –«por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones»–. Según la Sentencia T-372 de 2012:

Del contenido de esta normativa se extraen dos consideraciones particulares sobre los cargos de libre nombramiento y remoción: «de una parte, debe tratarse del cumplimiento de funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional y, de otra parte, ha de referirse a aquellos cargos en los cuales es necesaria la confianza de los servidores que tienen a su cargo esa clase de responsabilidades».

Por lo tanto, la confianza es un concepto jurídico indeterminado,<sup>8</sup> subjetivo y controversial que influye en el ejercicio de facultades discrecionales sobre este tipo de empleos públicos. A juicio del Consejo de Estado, en sentencia del 24 de marzo de 2011, Radicado número 19001233100020040001101(1587-09), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, citada por la Corte Constitucional en Sentencia T-686 de 2014, «la finalidad que se persigue con la autorización de remover libremente es razonable, pues consiste en asegurar la permanencia de la confianza que supone el ejercicio del cargo».

Por ejemplo, puede ocurrir que el empleado de L.N y R. ocasione la pérdida de confianza. Tal caso ocurrió en el particular estudiado por el Consejo de Estado en la sentencia del 27 de febrero de 1997, con Radicado número 8807, C.P. Clara

8 La doctrina española ha identificado los denominados «conceptos jurídicos indeterminados» y sobre ellos ha descrito que «le confieren a la autoridad administrativa la posibilidad de actuar dentro de un amplio ámbito, en el que su actuación puede devenir subjetiva y hasta arbitraria, sin dejar de lado que el criterio con el que el actuario se desempeña puede estar muy restringido a su propia realidad, que puede en un momento ser diametralmente opuesta a la verdad de los hechos y por tanto a su aplicación jurídica; de suerte que el rango de interpretación en la toma de una decisión debe ser razonable y racional, para no causar daño a ningún bien jurídico, por minúsculo que nos parezca [...]. Tienen un papel primordial en el control de los alcances de la actividad administrativa que deben examinarse con el auxilio de los criterios de razonabilidad y racionalidad conjugados con las garantías fundamentales, principios generales del derecho y los fundamentos fácticos y jurídicos sobre los que se construye la decisión administrativa. Por lo que deben ponderarse las circunstancias ciertas y reales, además de las condiciones relevantes que rodean el ejercicio de la actividad discrecional de la administración, actuación que desde luego está sometida a una normatividad jurídica y por tanto es susceptible de revisión jurisdiccional (Morales, 2014, pp. 675-677).

Forero de Castro, tomada en cuenta en la *ratio decidendi* de la Sentencia T-686 de 2014, en la cual se manifestó que «se trata de criterios netamente subjetivos» y que encuentran límites en los parámetros jurisprudenciales, que no son otros que el principio de proporcionalidad, el interés general y la desviación del poder.

En esta misma sentencia, el Consejo de Estado determinó que la pérdida de confianza «constituye razón de buen servicio para declarar la insubsistencia del nombramiento de un empleado público, pues para lograr la prestación del mismo se requiere que quien tiene a su cargo la dirección del equipo de gobierno, tenga en cada uno de sus colaboradores absoluta confianza y credibilidad en su comportamiento».

Igualmente, la Corte Constitucional, en Sentencia T-686 de 2014, concluye que «cuando la decisión de insubsistencia es consecuencia de **actuaciones del servidor que contribuyeron**<sup>9</sup> a que su nominador perdiera la confianza en él, el acto no puede catalogarse como arbitrario o dictado con desviación de poder».

En cuanto al marco legal, el artículo 1 de la Ley 909 de 2004 establece que la función pública, dentro de la cual se encuentran los empleados de libre nombramiento y remoción, deberá estar siempre enfocada al aseguramiento de la atención y satisfacción de los fines generales de la comunidad, y por lo tanto, como conformantes de la función pública, los empleos de libre nombramiento y remoción no escapan a esa finalidad.

De igual manera, el artículo 2 de la mencionada ley establece que las actuaciones de la administración, en lo atinente a la función pública, deben estar sometidas, entre otros, a los principios de moralidad y transparencia, los cuales se ven transgredidos cuando se retira a un empleado público, incluso siendo de libre nombramiento y remoción, por intereses particulares y no pensando en el mejoramiento del servicio.

Este mismo artículo del estatuto de la función pública determina que el mérito es un elemento sustantivo, por lo tanto, no simplemente formal de la función pública, el cual también orienta a los empleos de libre nombramiento y remoción (numeral segundo del artículo en comentario), de lo cual se colige que un funcionario de este tipo de cargos no puede ser removido por razones eminentemente políticas o de interés particular, sino persiguiendo los fines y principios de la función administrativa.

---

<sup>9</sup> La negrilla es mía.

El numeral 3 del citado artículo 2 de la Ley 909 de 2004 determina que la función pública se orienta a la satisfacción de los intereses generales y la efectiva prestación del servicio; logros que se obtienen por medio de tres criterios básicos que son: (i) la profesionalización en búsqueda de la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos; (ii) la flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad; (iii) la facultad de que los funcionarios públicos sean evaluados en su desempeño y que se establezcan acuerdos de gestión.

En virtud del respeto por las competencias, el emisor del acto debe verificar que se encuentre dentro de sus facultades decidir sobre el empleo público respectivo y tomar la decisión discrecional, pues de lo contrario, su acto se tornará en fallido. Para ello, en el contexto colombiano, se debe estar atenido al numeral segundo del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, norma que determina cuáles son los cargos de libre nombramiento y remoción. El desconocimiento de estos postulados daría lugar a que se configure la falta de competencia como causal de nulidad diferenciada de la desviación del poder.<sup>10</sup>

Sobre la discrecionalidad y sus límites, en la ya citada Sentencia T-372 de 2012, se pronunció la Corte Constitucional refiriéndose a la jurisprudencia del Consejo de Estado de la siguiente manera:

En virtud de las facultades discrecionales, esta Corporación en la sentencia C-734 de 2000 indicó que a las autoridades públicas se les permite «apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional».

Asimismo, en voces del Consejo de Estado:

Tratándose de la facultad discrecional, reiteradamente se ha dicho que es una potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, adoptar una

10 «En algunas ocasiones suele confundirse el desvío del poder, que como queda anotado en principio no es sino destinar la actuación a un fin distinto de los que se le atribuyen, con el exceso de poder, que constituye una clara figura de incompetencia y hasta arbitrariedad en la actuación del órgano» (Morales, 2014, p. 673)

u otra decisión; es decir, cuando su conducta o forma de proceder no esté previamente determinada por la ley. En estos eventos, el servidor público es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

En este contexto, la discrecionalidad, que no es ilimitada, se ata al interés general, y como lo resalta la citada jurisprudencia, no puede comprenderse como autorización a la arbitrariedad, por lo que debe ser ejercida dentro de los límites que imponen la Constitución y la ley. Al respecto, menciona la Sentencia T-372 de 2012.

La consecuencia práctica de las facultades discrecionales para disponer de los empleos de libre nombramiento y remoción, es que ostentan una estabilidad laboral precaria en comparación con los de carrera. Por disposición del artículo 125 constitucional, el retiro de los últimos solo podrá darse «por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley», mientras que en el caso de los primeros, el nominador goza de cierta flexibilidad para adoptar la decisión que mejor considere, dentro de los límites de la Constitución y la ley.

Una cosa es la facultad discrecional; otra muy distinta es la existencia de facultades absolutistas, las cuales se encuentran prohibidas dentro de un estado social de derecho. La facultad discrecional será válida siempre y cuando no incurra en cualquier causal de nulidad y, en el caso particular de esta investigación, en la denominada «desviación de poder», pues mantener con efectos jurídicos un acto arbitrario desconocería la teleología del Estado colombiano. Al respecto, reflexiona la Corte Constitucional (Sentencia T-732, 2012).

La estabilidad entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo, es plena para los empleos de carrera pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción, pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder.

Esta limitación se encuentra expresamente consagrada en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, ya transcrito en el segundo acápite de este artículo, el cual replica el contenido del artículo 36 del anterior Código (CCA), y en cuya interpretación la Corte Constitucional, en la mencionada Sentencia T-372 de 2012, jurisprudencia que también ha sido aplicada por el Consejo de Estado en sentencias como la del 29 de febrero de 2016, expediente número 050012333000201200285-01, describió que para que sea legal una insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, deben presentarse tres elementos comunes a toda potestad discrecional, de los cuales se realiza un análisis detallado:

**a) Debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente**

Para ello deberá corroborarse que el cargo sobre el cual ha recaído la discrecionalidad sea de libre nombramiento y remoción, so pena de que se incurra en una vulneración al debido proceso por falta de competencia, tal y como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional:

En virtud de los artículos 6, 121, 122 y 123 de la Carta, las autoridades solamente pueden actuar conforme a las competencias que les han sido expresamente asignadas constitucional o legalmente. De esta forma, únicamente podrán obrar de manera discrecional cuando exista una disposición de tal naturaleza que explícitamente lo autorice. Ello tiene por finalidad «delimitar el campo de acción, función o actividad que corresponde ejercer a una determinada entidad o autoridad pública, haciendo efectivo de esta manera el principio de seguridad jurídica». En un Estado de derecho «la autoridad actúa siempre con competencias que, en principio, son limitadas [...], [y por ello] al funcionario público lo que no le está expresamente atribuido, le está prohibido». De esta forma, «la competencia es parte esencial del debido proceso y presupuesto de validez de los actos que se profieren, pues si una autoridad expide un acto sin tener facultades para hacerlo, éste es nulo» (Corte Constitucional, Sentencia T-732, 2012).

### **b. Su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza**

Existe una diferenciación entre la motivación y los fines del acto administrativo. «Los motivos se refieren a los antecedentes de hecho o de derecho que estimulan la actuación de las autoridades, en el fin encontramos las metas que debe lograr la administración pública con su actividad» (Santofimio, 2007, p. 156). Por lo tanto, si bien los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción no son motivados formalmente, esto no quiere decir que no pueda recaer un control sobre sus fines.

Sandulli, citado por Pérez (2014), considera que «en el campo del acto administrativo [...], la acción administrativa se encuentra siempre condicionada –incluso cuando tiene carácter discrecional– a los fines institucionales» (p. 130).

Así las cosas, la finalidad administrativa «se concluye de manera general y específica del estudio de la normatividad legal que regula el actuar estatal y concreto del órgano que profiere el acto administrativo» (Santofimio, 2007, p. 408). Sin embargo, para determinar si ha existido o no una desviación de poder, es necesario traspasar el ámbito objetivo de las normas jurídicas e indagar por la voluntad de la persona natural que presta sus servicios al interior de la administración, pues ella es la que con su posición subjetiva desvía los fines del acto administrativo.

En consonancia con lo anterior, señala Escola (1981) que: «los órganos de la administración deben cumplir sus actividades procurando alcanzar ciertos objetivos que, cualesquiera que sean, siempre habrán de estar de acuerdo con el interés público» (p. 55). Concepción que también asume el ordenamiento jurídico colombiano, tal y como se constata en la Constitución Política de Colombia en sus artículos 2, 123 y 209.

Si los móviles que se persiguen con la expedición de un acto administrativo de declaración de insubsistencia son ajenos a la sociedad y al interés general, se habrá constituido la desviación de poder. Al respecto, se ha manifestado la jurisprudencia constitucional:

Esta Corte ha manifestado que «la adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él». Es claro, entonces, que «el derecho no es un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad. Por lo tanto, es necesario confrontar los móviles con los

fines. De allí surgen justamente las teorías del “abuso del derecho” –en derecho privado–, y la “desviación de poder” –en el derecho público–. Ello es un principio básico del Estado Social de Derecho, para evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad. Todo acto del Estado debe estar conforme con su finalidad esencial, ya que las potestades se conceden, no para que se cesen a discreción, sin discernimiento, sino en vista de un fin determinado». No obstante los objetivos particulares de toda ley, la Constitución consagra como fines genéricos del Estado y la función administrativa: i) la protección de la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades de los residentes en Colombia (art. 2º); y ii) el interés general (art. 209) (Corte Constitucional, Sentencia T-732, 2012).

Asimismo, el Consejo de Estado, en sentencia del 12 de abril de 2012, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Radicado número 25000-23-25-000-2006-04197-01 (0461-09), manifestó que todo acto administrativo debe perseguir, como finalidad o como meta de su actividad, el interés general:

El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. Por eso se dice que cuando la autoridad profiere una decisión administrativa para la cual la ley le ha otorgado competencia pero lo hace con un fin distinto del previsto por el legislador se incurre en una desviación de poder; de tal suerte que cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto se configura esta causal de ilegalidad (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia 0461-09, 2012).

Así ha sido reconocido por la doctrina de corriente principal en Colombia (Santofimio, 2007) y por la jurisprudencia del Consejo de Estado:

Todo acto administrativo debe perseguir el cumplimiento de unas específicas finalidades, lo que implica que, al dictarse, debe procurar hacerse con la orientación indicada para lograr el fin propuesto; esta orientación se alcanza en la medida que se observen una serie de reglas

que el Consejo de Estado, siguiendo la doctrina tradicional ha expuesto como sigue: el agente administrativo no puede perseguir sino un fin de interés general; el agente público no debe seguir una finalidad en oposición a la ley; no basta que el fin perseguido sea lícito y de interés general, sino que es necesario, además, que entre en la competencia del agente que realiza el acto; pero siendo aún lícito el fin, de interés público, y dentro de la competencia del agente, no puede perseguirse sino por medio de actos que la ley ha establecido al efecto. Es decir que el acto administrativo se encuentra sustancialmente comprometido en propósitos teleológicos de interés general (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 25 de noviembre, 1971).

Así las cosas, una vez identificado que la finalidad de la administración en todas sus actuaciones debe ser el interés general, o los demás fines específicos que el estatuto o reglamento consagre para la respectiva entidad, debe llegarse a la primera conclusión, según la cual satisfacer intereses políticos no es un legítimo fin de la administración.

La finalidad, señala Marienhoff, debe ser prevista por la norma para efectos del respectivo «objeto» o «contenido». Debe ser una finalidad verdadera, no encubierta ni falsa, ni distinta a la correspondiente al «objeto» o «contenido» del acto. En caso contrario, habría una «desviación de poder», que viciaría el acto (Santofimio, 2007, p. 408).

Así las cosas, cuando el acto administrativo no persigue el mejoramiento del servicio, ni el interés general, sino que es proferido con una finalidad política, económica, de amistad, o de cualquier otro tipo de ventaja subjetiva, como el indebido favorecimiento a terceros, se estará poniendo a la administración pública al servicio de un particular, lo cual contraviene su validez.

Por ello resulta de especial importancia la sentencia del Consejo de Estado, del 26 de septiembre de 2012, Radicado número 19001233100020010104701 (0407-10), C.P. Gustavo Gómez Aranguren, en la cual se determina que puede ocurrir la desviación del poder por fines políticos que, aunque mejoran el servicio, están fundados en intereses particulares.

Igualmente, la doctrina ha reconocido que el interés personal es un motivo generante de la desviación de poder. Así se describe por parte de Jaime Orlando Santofimio Gamboa:

*El interés personal.* Dentro de esta modalidad debemos ubicar todas aquellas actitudes desviatorias de la finalidad del acto inspiradas en consideraciones políticas, ideológicas, religiosas, de amistad o enemistad, en actitudes ilegales o desconocimiento de la ley, o de fraude a ésta, de desfavorecimiento a terceros o a grupos determinados, etc.; todas estas emanadas del sujeto actor del acto administrativo (Santofimio, 2007, p. 411)

Adicionalmente, el inciso 5 del artículo 125 de la Constitución Política establece que la filiación política no podrá determinar el acceso a la función pública: «En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su acenso o remoción».

El aparte normativo transcrito también es aplicable a los cargos de libre nombramiento y remoción, pues las expresiones «acenso o remoción» se encuentran después de una coma y después de la expresión «nombramiento para un empleo de carrera», lo que quiere decir que se prohíbe el condicionamiento del acenso o remoción de los ciudadanos por la filiación política, cualquiera sea la modalidad de vinculación en la que estos se encuentren, ya sea de elección popular, de libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales o los demás que determine la ley; modalidades descritas en el inciso primero del mencionado artículo 125 C.P.

Asimismo, el Consejo de Estado, en sentencia del 29 de febrero de 2016, Expediente número 050012333000201200285-01, Radicado interno 3685-2013, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, revisando lo preceptuado en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, ha establecido que:

240

Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad, en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad<sup>11</sup> (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 1847-2012, 2015).

---

11 El subrayado es mío.

**c). La decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.**

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en el control judicial de los actos administrativos discrecionales sobre empleos de libre nombramiento y remoción, se ha manifestado el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Sentencia de febrero 20 de 2003, Expediente 14107, de la siguiente manera, al relatar que los conceptos jurídicos indeterminados:

No dan vía libre a la arbitrariedad del operador jurídico sino a una aplicación razonable de la norma, con un mayor margen de apreciación. El artículo 36 del Código Contencioso Administrativo –Actualmente el 44 del CPACA– en relación con los actos administrativos señala que en la medida en 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 proporcional a los hechos que le sirven de causa. El margen de apreciación que los conceptos jurídicos indeterminados permiten, no implican, en ningún caso, una discrecionalidad para determinar si ellos objetivamente existen o no. Mientras que los conceptos determinados por las leyes delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca, con la técnica de los conceptos indeterminados la ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación. En el examen de proporcionalidad es esencial la prudencia y mesura que deben tener las autoridades encargadas de calificar los conceptos jurídicos indeterminados, toda vez que cuando se encuentran frente a uno de ellos, están obligadas a adoptar la solución más acorde con la ley, con el fin de evitar una arbitrariedad. Se distingue ésta de la discrecionalidad, en tanto que lo discrecional, para que sea legítimo, se halla o debe hallarse cubierto de motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables y evaluables, toda vez que las decisiones sin motivación respetable pueden ser el fruto de la mera voluntad o capricho de los administradores.

De esta manera, la legalidad del acto administrativo cuestionado solo se debería mantener intacta si está precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, obedeciendo el postulado consagrado en el artículo 44 del CPACA;

en cambio, se vería desvirtuada si los supuestos de hecho que promueven la existencia del mismo no son de carácter objetivo, sino subjetivo, como el favorecimiento político y la obtención de intereses personales, no generales.

En cuanto al principio de proporcionalidad, la Corte Constitucional ha determinado sus funciones, las cuales se relatan a continuación:

La determinación que se adopta debe guardar una medida o razón que objetivamente se compadezca con los supuestos fácticos que la originan. De esta manera, «el principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa». Al examinar si una actuación cumple con este requisito, deberán tenerse en cuenta los diferentes supuestos fácticos que rodean el asunto, especialmente las condiciones particulares de la persona (Corte Constitucional, Sentencia T-372, 2012).

Al respecto, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17009, sostuvo que el principio de proporcionalidad, que se encontraba expresamente invocado en el artículo 36 del CCA y que ha sido igualmente reproducido en el artículo 44 del CPACA, no solo sirve como sustento y justificación de las actuaciones de la administración, sino que además constituye una herramienta trascendental para efectos del control judicial del respectivo acto.

Para abordar el estudio del principio de proporcionalidad, es necesario establecer que este se encuentra conformado por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyo contenido es explicado con precisión por parte del profesor Carlos Bernal Pulido de la siguiente manera: «1). Según el subprincipio de **idoneidad**, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo» (Bernal, 2014, p. 52).

Se desconocerá este subprincipio cuando la administración pública sacrifique bienes de carácter constitucional, tales como el trabajo, el debido proceso, el interés general, el mejoramiento del servicio público, y con tal intervención no esté contribuyendo, efectivamente, a la obtención de un fin constitucionalmente

protegido, sino que se esté consiguiendo la satisfacción de un interés personal, lo cual no puede permitírsele a la administración pública, al tenor de la teleología del Estado social de derecho colombiano.

2). Subprincipio de **necesidad**: «toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto» (Bernal, 2014, p. 53).

Así las cosas, al estudio del subprincipio de necesidad solo se acude cuando, bajo el estudio del subprincipio de idoneidad, se encuentran dos o más soluciones idóneas, de las cuales se debe escoger la más benigna para el derecho o principio constitucional intervenido.

De esta manera, cuando la decisión de la administración persigue intereses de carácter personal, la intervención a derechos fundamentales no satisface el subprincipio de idoneidad y, por lo tanto, su análisis no puede trascender al subprincipio de necesidad.

3). Conforme al principio de **proporcionalidad en sentido estricto**:

la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general (Bernal, 2014, p. 53).

De conformidad con lo anterior, se tiene que cuando un acto administrativo de declaración de insubsistencia tiene como fin un interés particular, este último no tiene el mismo nivel de importancia que los derechos fundamentales que han sido intervenidos, los cuales prevalecen de acuerdo al artículo 5 constitucional; además, en este caso, el interés perseguido por la administración, por sí mismo, es menos importante que la satisfacción del interés general.

Cuando la administración declara la insubsistencia con base en intereses particulares, está obteniendo una ventaja ilícita al desviar el poder y expedir una resolución contraria al espíritu constitucional, lo cual no se traduce en ningún beneficio para la sociedad en general, ni mucho menos justifica la intervención de derechos fundamentales y de principios constitucionales.

Por lo tanto, ante este tipo de actos, la importancia del objetivo perseguido por la administración —o sea, el interés particular— no guarda una adecuada

relación con el significado del principio y derechos fundamentales intervenidos, todos los cuales se enunciaron al comienzo del presente escrito.

Con la aplicación de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, el Consejo de Estado ha manifestado que:

por su parte, el artículo 44 del C.P.A.C.A. establece que, en la medida en 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 «proporcional» a los hechos que le sirven de causa; lo anterior supone que debe existir una razón o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la «razonabilidad».

De conformidad con lo anterior, el principio de **razonabilidad**, que ha tenido un principal desarrollo en el derecho español, ha sido definido como interdicción a la arbitrariedad. Es decir, que las decisiones deben ser fundadas en una razón jurídica legítima. Al respecto enuncia el profesor Carlos Bernal Pulido.

Una decisión razonable es una decisión no arbitraria, es decir, fundada en una razón jurídica legítima [...]. Este principio prohíbe los ejercicios del poder público que son abiertamente irrazonables, es decir, ejercicios de un poder que no tenga ninguna motivación y que no tenga en consideración los individuos afectados por el mismo. En este sentido, un acto del Estado será irrazonable cuando carezca de todo fundamento, cuando no tienda a realizar ningún objetivo jurídico relevante (Bernal, 2014, p. 69)

244

En consonancia con lo anterior, la existencia de actos discrecionales no puede entenderse como una autorización para la arbitrariedad, sino que estos deben propiciar la consecución de fines constitucionales o, de lo contrario, estarán viciados en su legalidad, tal y como lo exige el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y lo Contencioso Administrativo. Al respecto, ha manifestado la Corte Constitucional:

Los actos discrecionales no son una autorización «o una patente de curso para proceder arbitraria o caprichosamente en estos casos y, por tanto, no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa. Es por ello que las decisiones que adopte la administración en ejercicio de

dichas facultades, necesariamente deben tener fundamento en motivos suficientes que permitan distinguir lo discrecional de lo puramente arbitrario o caprichoso (Sentencia T-372, 2012).

### **Formas de prueba de la desviación del poder en los actos de declaración de insubsistencia en los cargos de libre nombramiento y remoción**

Acreditar la desviación del poder suscita grandes dificultades probatorias, pues los fines que han promovido la expedición del acto irregular, por lo general, no se encuentran consagrados en ningún documento de manera expresa, o como señala el profesor Libardo Rodríguez (2008): «como se trata de la finalidad, del móvil con el cual se expide el acto, su prueba no es fácil por cuanto se refiere a elementos psicológicos o internos de la autoridad que toma la decisión» (p. 299). Por estas razones, se han identificado pruebas directas e indirectas que ayudan a demostrar la expedición viciosa del acto administrativo discrecional.

Además, se pone de presente la necesidad de acreditar que existe un nexo de causalidad entre la desviación del poder y el retiro del servicio, lo cual se demuestra a través del ejercicio lógico, según el cual, sin los móviles arbitrarios o subjetivos, la dirección de la entidad pública no habría realizado la declaratoria de insubsistencia.

#### *Pruebas directas*

El ordenamiento jurídico colombiano permite que un interviniente en una conversación realice grabaciones audiovisuales con el fin de preconstituir pruebas que le permitan demostrar la comisión de una ilegalidad o una ilicitud.

Sobre la legalidad de este tipo de grabaciones, y su vocación probatoria, en sentencia del 18 de noviembre de 2008, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, con radicado número 26.984 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, estimó que son admisibles las grabaciones hechas para la preconstitución de pruebas, y, citando precedentes jurisprudenciales, afirmó lo siguiente:

Por eso se ha insistido de manera uniforme que las grabaciones de audio resultan legalmente «válidas y con vocación probatoria porque, como desde antaño lo ha venido sosteniendo la Sala, su práctica no requiere previa orden judicial de autoridad competente en la medida en que se han realizado, respecto de su propia voz e imagen, por persona que es

víctima de un hecho punible, o con su aquiescencia y con el propósito de preconstituir la prueba del delito, por manera que no entraña intromisión o violación alguna del derecho a la intimidad de terceros o personas ajenas» (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia de Casación 6 de agosto de 2003, radicación 21.216.) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicación número 26.984, 2008).

Así las cosas, se determina que la grabación es ilícita cuando ha sido obtenida por un tercero ajeno a la comunicación, sin que los que intervienen en ella hayan otorgado su consentimiento; en cambio, será lícita y legal cuando se ha obtenido por uno de los sujetos que forman parte de la conversación, buscando preconstituir pruebas de un hecho contrario al derecho. Al respecto, ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en la jurisprudencia arriba referida:

De tal modo que lo que hace ilícita a la prueba es su obtención por un tercero ajeno, es decir por la persona que graba la voz, la imagen o intercepta la comunicación de otros sin que quienes intervienen en la misma hayan expresado su consentimiento, en todos aquellos casos en que no se requiera de autorización previa de las autoridades encargadas para disponerlas.

No pasa inadvertido entonces que si bien conforme al artículo 15 de la Carta Política el derecho a la intimidad garantiza la inviolabilidad de la correspondencia y de toda forma de comunicación privada, pues según el mandato «solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley», los titulares de ese derecho que no es absoluto pueden renunciar a él cuando media el consentimiento de los intervinientes para que sea grabada, filmada o interceptada la conversación que se sostiene.

Una conclusión de tal naturaleza no se opone a la consideración según la cual el derecho a la intimidad involucra también la garantía a las personas «de no ser escuchadas o vistas si no lo quieren», lo que en principio constituiría un motivo impeditivo para que las grabaciones de las conversaciones y de la imagen obtenidas sin el conocimiento de quienes intervienen en ellas pudieran divulgarse o aportarse como pruebas judiciales.

La Sala precisa en este caso que salvo cuando se requiera autorización judicial, la grabación, interceptación de la voz o la filmación de imágenes, será viable jurídicamente (con capacidad para servir como medio de prueba judicial) cuando exista o se exprese el consentimiento de todos quienes intervienen en la conversación o en el acto que es objeto de filmación o grabación, predicándose como excepción a lo afirmado aquel evento ya insistentemente desarrollado por la jurisprudencia –que hoy se reitera– relativo a la preconstitución de prueba cuando se es víctima de un delito y la obtención de la respectiva información comporta fines judiciales probatorios.

Adicionalmente, en sentencia del 11 de septiembre de 2013, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con radicado número 41790, M.P. María del Rosario González, se determinó que:

cuando una persona es víctima de un hecho punible puede grabar su propia imagen o voz en el momento en que es sometida a la exigencia criminosa, sin que requiera autorización judicial, pues precisamente con ese documento puede iniciar las acciones pertinentes. Ello porque la persona, de manera voluntaria, permite el conocimiento de sus comunicaciones con el objetivo de demostrar la ocurrencia de la conducta delictiva que la victimiza.

Por lo tanto, la autoridad pública que ha infringido la ley, al expedir un acto administrativo con desviación de poder, no puede refugiarse en la protección de la intimidad para inhabilitar el uso de la grabación recaudada *motu proprio* por la víctima, en cuanto constituye un acto defensivo del atropello que padece. Al respecto, ha manifestado la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con radicado 41790, arriba citada:

Si la víctima de un delito graba o autoriza la grabación de su voz o de su imagen para efectos probatorios, mientras dialoga o interactúa con el implicado, obviamente sin que éste consienta tales operaciones, podría generar una tensión aparente o muy leve entre el derecho a la intimidad del implicado, y los derechos de la víctima a la protección integral de las autoridades, a la verdad, a la justicia y a la reparación. Ello, por cuanto en la expresión literal del artículo 15 de la Carta el derecho a la intimidad solo puede ser interferido por orden de autoridad y en los términos que

la ley disponga; y porque siendo la comunicación un acto en el que necesariamente deben intervenir el emisor y el receptor, generalmente con alternancia en esas posiciones, la comunicación deja de ser privada, aunque solo uno de ellos facilita su consentimiento para que así ocurra.

Se precisa entonces ponderar tales derechos desde la perspectiva del mejor efecto constitucional posible.

En ese ejercicio es razonable privilegiar el derecho de la víctima, puesto que al establecer la verdad, dentro de un marco de justicia material utilizando para ello las voces y las imágenes así grabadas, se logran los fines constitucionales atribuidos al proceso penal en mayor medida, que si se optara por la solución contraria; es decir, si se concediera preponderancia a la intimidad del implicado como derecho absoluto o intangible, mientras la autoridad judicial no disponga lo contrario.

Es claro que el de la intimidad es un derecho fundamental no absoluto y que puede ser objeto de limitaciones, con fines constitucionales o con arreglo a la ley; en cambio, la búsqueda de la justicia material dentro de un marco jurídico es un principio superior fundante del Estado de derecho, una meta, un horizonte de llegada, que no admite excepciones y que irradia todo el espectro jurídico desde el Preámbulo de la Constitución Política.

Atendiendo a la jurisprudencia aquí citada, el Consejo Superior de la Judicatura, en la sentencia del 10 de diciembre de 2015, M.P. Pedro Alonso Sanabria Buitrago, con radicación número 11001110200020120114001, determinó que:

Constituyen elementos esenciales para establecer en qué casos una grabación elaborada por un particular, sin orden judicial, puede tener validez al interior de un proceso penal: i) si se realiza directamente por la víctima de un delito o con su aquiescencia; ii) si capta el momento del accionar criminoso; iii) si tiene como finalidad preconstituir prueba del hecho punible; presupuestos que deben concurrir simultáneamente.

### *Pruebas indirectas*

Existen ciertos hechos que, al presentarse, permiten inferir la desviación del poder. Santofimio (2007, p. 414), establece que «a estas situaciones las denomina Cretella Junior “síntomas denunciadores del desvío de poder”, y consisten en

aquellos indicios que pueden indicarnos la distorsión del fin que la administración ha producido en un acto administrativo». Para el caso en concreto, se identifican las siguientes pruebas indirectas que pueden evidenciar la causal de nulidad:

- Análisis de la hoja de vida del insubsistente: ocurre cuando el análisis de la hoja de vida del funcionario declarado insubsistente conduce a establecer que este se encontraba en capacidad de continuar desempeñando el empleo, pues su trayectoria laboral, su participación en los diferentes procesos y programas adelantados por la entidad, su grado de instrucción y la experiencia acreditada lo calificaban como un servidor idóneo y capaz para continuar desempeñando la labor encomendada.
- Inexistencia de conducta que ameritara el retiro del servicio: ocurre cuando no aparece indicio alguno que aconsejare como inconveniente la permanencia del funcionario en la entidad, razón por la cual es injustificada la decisión de insubsistencia.
- Que el reemplazo no sea mejor cualificado que el insubsistente: ocurre cuando el nuevo funcionario que ha entrado a ocupar el cargo de libre nombramiento y remoción no tiene mejores condiciones académicas o profesionales del que ha sido declarado insubsistente, lo cual va en contraposición del interés general y del mejoramiento del servicio.
- Contradicción del acto con actos o medidas anteriores: ocurre cuando el funcionario ha obtenido un óptimo desempeño laboral, a tal punto que sobre él han recaído reconocimientos o encargos especiales, o cuando se le han confiado situaciones de destacada responsabilidad, para las cuales ha llevado a cabo una buena prestación del servicio público, correspondiente a sus méritos, condiciones personales y profesionales, capacidades, idoneidad y rectitud en el desarrollo de la labor. Al respecto, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

«Hacer uso de la facultad discrecional cuando no sea evidente la afectación del servicio [...] deslegitima el sentido de la facultad discrecional y se constituye en una forma de responsabilidad objetiva proscrita en nuestro ordenamiento jurídico». Lo anterior conlleva «para la parte actora la labor probatoria de acreditar la buena prestación del servicio que venía cumpliendo; sus méritos, condiciones personales y profesionales, capacidades, idoneidad y rectitud en el desarrollo de la labor, aspecto que resulta determinante para establecer si con su retiro se cumple la finalidad

del poder discrecional, que es la optimización del servicio» (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, 25000232500020010014001 4319-04, 2006).

- Que la declaratoria de insubsistencia se haya producido en fecha cercana a la de inicio de labores del nominador. Si bien el director, gerente o presidente de la entidad pública puede conformar un equipo de trabajo, este debe estar enfocado hacia el mejoramiento del servicio y el interés general. Si se demuestra que el cambio obedece a fines políticos, o de interés particular, la decisión no puede seguir surtiendo efectos y debe ser anulada.
- Fuerte amistad entre el nominador y la persona que ha reemplazado en el cargo al funcionario declarado insubsistente. El Consejo de Estado, en reciente jurisprudencia, ha determinado que la amistad y confianza de parte del director de una entidad estatal no es razón suficiente que permita inferir un mejoramiento en el servicio:

De manera que la desviación de poder quedó confirmada con las pruebas aducidas por la misma parte demandada, toda vez que éstas evidenciaron motivos de carácter subjetivo, la amistad con el gerente; y no motivos objetivos de carácter institucional. Como consecuencia de ello se prescindió de una persona que contaba con todos los requisitos para ejercer el cargo y que había demostrado idoneidad en el desempeño del mismo. Dicho de otra manera, son cosas diversas los sentimientos de amistad y confianza que un funcionario tenga hacia alguna persona; de la necesidad objetiva del servicio para designar a dicho individuo, y tales sentimientos de amistad y confianza no pueden invocarse como razones que justifiquen el nombramiento de una persona en un cargo público, ni siquiera en el evento en que tal designación se haga en un cargo de libre nombramiento y remoción. Así las cosas, quedó demostrado en el *sub judice* que el gerente de la Lotería del Cauca actuó por motivos subjetivos; no institucionales que apuntaran al mejoramiento del servicio que tal entidad prestaba.

No puede confundirse confianza en un servidor público con razones objetivas del servicio; las primeras son de índole personal e individual, motivaciones subjetivas esencialmente; las segundas, las del servicio, institucionales objetivas y relacionadas sustancialmente con los fundamentos constitucionales previstos en los artículos 2, 123 inciso 2

y 209 de la Carta, que llaman a la prevalencia del interés general en el ejercicio de los poderes públicos. Las razones del servicio son de interés general. La confianza o no en un servidor público es de índole personal individual; por lo tanto, éstas no pueden prevalecer sobre aquéllas (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 19001-23-31-000-2011-00230-01[55432], 2016).

- Que al funcionario no se le haya consignado en su hoja de vida las razones que llevaron a su declaratoria de insubsistencia, con el desconocimiento del artículo 82 de la Ley 443 de 1998, modificatorio del artículo 3 de la Ley 190 de 1995 y del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, tal y como se explicó en el acápite segundo de este artículo.

### **La desviación del poder, en la declaración de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción implica la viabilidad de la acción de repetición**

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 678 de 2001, la conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio; y se presume que el agente público ha actuado con dolo cuando ha obrado con desviación del poder, lo cual le implica una inversión de la carga de la prueba para evitar ser condenado en acción de repetición. Esta posición fue ratificada por el Consejo de Estado a través de sentencia del 1 de septiembre de 2016:

Lo anterior muestra que el motivo por el cual se declaró la nulidad de la citada resolución fue la desviación de poder, causal que conforme a lo previsto en el artículo 5 de la ley 678 de 2001, hace presumir en el funcionario que expidió el respectivo acto administrativo la culpa grave y el dolo. Presunción que puede ser desvirtuada, pero que como bien se explicó en la parte teórica de esta providencia, tiene como consecuencia que traslada la prueba al demandado; es decir, correspondía en el *sub judice* al señor LUIS ALBEIRO VILLAQUIRAN BURBANO, desvirtuar esa desviación de poder que había sido declarada en aquél proceso en el que él no fue parte (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 19001-23-31-000-2011-00230-01(55432), 2016).

Con base en lo anterior, en acción de repetición, el Consejo de Estado resolvió declarar responsable patrimonialmente al gerente de la Lotería del Cauca por el pago que esta entidad debió realizar a un funcionario que fue declarado insubsistente con desviación del poder.

## Conclusiones

Con el avance del estudio del derecho administrativo y en particular de la jurisprudencia colombiana, en nuestro país se han logrado delimitar a través de fórmulas jurídicas la subjetividad y la arbitrariedad en las facultades discrecionales, en procura de la protección del ciudadano, de las libertades públicas, del interés general y del mejoramiento del servicio.

Por lo anterior, es necesario que los actos discrecionales en la insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción no carezcan de motivos, debidamente consignados y acreditados conforme a los parámetros legales. Se requiere la existencia de una norma que permita la discrecionalidad; su ejercicio debe cumplir con el principio de adecuación y debe observar el principio de proporcionalidad.

La omisión de los parámetros legales y jurisprudenciales en los actos discrecionales de insubsistencia de cargos de libre nombramiento y remoción da lugar a que la jurisdicción de lo contencioso administrativo declare su nulidad, a través de la causal de la desviación del poder, con el logro de la adecuación de la discrecionalidad al Estado social de derecho.

## Bibliografía

- 252
- Asamblea Nacional Constituyente (4 de julio de 1991). [Constitución Política de Colombia]. GC. 114.
- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Cassagne, J. (2009). *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires: Ed. Marcial Pons.
- Congreso de la República de Colombia. (11 de junio de 1998). Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones. [Ley 443 de 1998]. DO: 43.320.

- Congreso de la República de Colombia. (6 de junio de 1995). Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa. [Ley 190 de 1995]. DO: 41878.
- Congreso de la República de Colombia. (3 de agosto de 2001). Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición. [Ley 678 de 2001]. DO: 44.509.
- Congreso de la República de Colombia. (23 de septiembre de 2004). Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. [Ley 909 de 2004]. DO: 45.680.
- Congreso de la República de Colombia (18 de enero de 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. DO: 47.956.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (25 de noviembre de 1971). [C.P. Eduardo Aguilar Vélez].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (20 de febrero de 2003) Sentencia 14107. [M.P. Ricardo Hoyos Duque].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, (18 de mayo de 2006). Sentencia 25000232500020010014001 (4319-04).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (27 de febrero de 1997). Sentencia número 8807 [M.P. Clara Forero de Castro].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. (3 de agosto de 2006) Radicado número 25000-23-25-000-2000-04814-01, Expediente número 0589-05. [M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (13 de noviembre de 2008). Expediente número 17009.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (12 de febrero de 2009) Sentencia número 3009-2004. [M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (24 de marzo de 2011) Sentencia número 190012331000200400011-01(1587-09). [C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, (12 de abril de 2012) Sentencia número 23-25-000-2006-04197-01 (0461-09). [M.P. Gerardo Arenas Monsalve].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (26 de septiembre de 2012) Sentencia número 19001233100020010104701 (0407-10) [C.P. Gustavo Gómez Aranguren].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (20 de agosto de 2015) Expediente número 250002325000201000254-01, número interno 1847-2012. [C.P. Gerardo Arenas Monsalve].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (29 de febrero de 2016) Sentencia número 3685-2013, 050012333000201200285-01 (3685-2013). [M.P. Gerardo Arenas Monsalve].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (1 de septiembre de 2016) Sentencia 19001-23-31-000-2011-00230-01(55432). [M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].
- Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria (10 de diciembre de 2015). Radicado número 11001110200020120114001. [M.P. Pedro Alonso Sanabria Buitrago].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (6 de agosto de 2003) Radicado número 21.216.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (18 de noviembre de 2008) Radicado número 26.984. [M.P. Augusto Ibáñez Guzmán].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (11 de septiembre de 2013) Número interno 41790. [M.P. María del Rosario González].
- Corte Constitucional. (11 de diciembre de 1992) Sentencia T-602 de 1992. [M.P. Simón Rodríguez Rodríguez y Alejandro Martínez Caballero].

- Corte Constitucional. (26 de mayo de 1998). Sentencia SU 250 de 1998. [M.P. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (2 de septiembre de 1998) Sentencia C-456 de 1998. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional. (19 de septiembre de 1998) Sentencia T 532. [M.P. Antonio Barrera Carbonell].
- Corte Constitucional. (4 de mayo de 2000) Sentencia T 494. [M.P. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (21 de junio de 2000) Sentencia C-734 de 2000. [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa].
- Corte Constitucional. (2 de mayo de 2001) Sentencia C-429 de 2001. [M.P. Jaime Araujo Rentería].
- Corte Constitucional. (1 de febrero de 2007) Sentencia T-064 de 2007. [M.P. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional. (22 de septiembre de 2011) Sentencia T-708 de 2011. [M.P. Jorge Iván Palacio].
- Corte Constitucional. (16 de mayo de 2012) Sentencia T-372 de 2012. [M.P. Jorge Iván Palacio].
- Corte Constitucional. (10 de julio de 2013) Sentencia C-436 de 2013. [Mauricio González Cuervo].
- Corte Constitucional. (11 de septiembre de 2014). Sentencia T-686 de 2014. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
- Corte Constitucional. (16 de abril de 2015), Sentencia SU-172 de 2015. [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Cretella, J. (1976). Síntomas denunciadores do desvío de poder. *Revista da Faculdade de Direito de Sao Pablo*, 81 y ss.
- Escola, H. J. (1981). *Tratado general de procedimientos administrativos*. Buenos Aires: Depalma.
- García de Enterría, E. (1986). *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Madrid: Civitas.

García de Enterría, E. (2016). *La lucha contra las inmunidades del poder* (3ª Ed.). Madrid: Editorial Civitas S.A.

Jinesta, E. (2014). *Principio general de la justiciabilidad plenaria y universal de la conducta administrativa*. En Brewer, A., Parejo, L. y Rodríguez, L. *La protección de los derechos frente al poder de la administración* (pp. 608-634). Bogotá: Editorial Temis.

Morales, M. (2014). *El control de la discrecionalidad*. En Brewer, A., Parejo, L. y Rodríguez, L. *La protección de los derechos frente al poder de la administración* (pp. 659-681). Bogotá: Editorial Temis

Murillo Mena, J. (2014). *Las facultades discrecionales en el Estado Social de Derecho Colombiano: Una aproximación a la discrecionalidad técnica desde la doctrina y la jurisprudencia*. Trabajo de grado de maestría en Derecho Administrativo, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Recuperado de: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/9638/52532179-2014.pdf>

Rodríguez, L. (2008). *Derecho administrativo general y colombiano* (16ª ed.). Bogotá D.C.: Temis.

Sandulli, A. (1989). *Manuale di diritto amministrativo, Tomo I*. Napoli: Jovene Editore

Santofimio Gamboa, J. O. (2007). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Pérez, E. (2014). *Aproximación al acto administrativo en García de Enterría en el Derecho Comparado*. En Brewer, A., Parejo, L. y Rodríguez, L. *La protección de los derechos frente al poder de la administración* (pp. 115-134). Bogotá: Editorial Temis.

Presidencia de la República de Colombia. (19 de septiembre de 1968). Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones. [Decreto 2400 de 1968]. DO: 32625 de octubre 18 de 1968.

Presidencia de la República de Colombia. (24 de septiembre de 1973). Por el cual se reglamentan los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil. [Decreto 1950 de 1973]. DO: 33.962.

Presidencia de la República de Colombia. (2 de enero de 1984). Código Contencioso Administrativo. [Decreto 01 de 1984]. DO. 36.439.

Vedel, G. (1980). *Derecho administrativo* (6ª edición) (Juan Rincón Jurado, trad.). Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar.