

**MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN USO DE LA  
FACULTAD DISCRECIONAL**

**GUILLERMO ANDRÉS FERNÁNDEZ ROJAS**

**UNIVERSIDAD ICESI  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
SANTIAGO DE CALI  
2011**

**MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN USO DE LA  
FACULTAD DISCRECIONAL**

**GUILLERMO ANDRÉS FERNÁNDEZ ROJAS**

**Trabajo de grado presentado como requisito  
Para obtener el título de abogado**

**Asesor:  
Jorge Andrés Illera Cajiao**

**UNIVERSIDAD ICESI  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
SANTIAGO DE CALI**

**2011**  
**TABLA DE CONTENIDO**

	Pág.
INTRODUCCIÓN	5
1. EL ACTO ADMINISTRATIVO	6
2. LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA Y LA FACULTAD DISCRECIONAL.	15
2.1. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.	16
2.1.1. Análisis Sentencia SU-250 DE 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.	17
2.2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL POSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO.	28
2.2.1. Análisis Sentencia del 18 de mayo de 2000. Consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado.	30
2.2.2. Análisis Sentencia del 22 de Junio de 2000. Consejero ponente: Carlos A. Orjuela Góngora.	34
2.2.3. Análisis Sentencia del 8 de julio de 2004. Consejero ponente: Alberto Arango Mantilla.	35
2.2.4. Análisis Sentencia del 28 de enero de 2010. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.	36
2.2.5. Análisis Sentencia del 19 de Agosto de 2010. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.	38
CONCLUSIONES	47

BIBLIOGRAFÍA

49

## CONTENIDO DE TABLAS

Tabla 1. Análisis del precedente jurisprudencial de las decisiones de la Corte Constitucional. 24

Tabla 2. Análisis del precedente jurisprudencial. Como ha sido el comportamiento de los fallos del Consejo de Estado en los que se plantea el problema jurídico. 43

# **MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN USO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL**

## **INTRODUCCIÓN**

Uno de los elementos mas importantes del derecho al trabajo es la estabilidad laboral. Sin embargo en lo relacionado con la función pública, existe un conflicto jurisprudencial en el ordenamiento jurídico colombiano en referencia a los cargos públicos en carrera, provisionalidad y libre nombramiento y remoción.

En relación a las actividades de la administración pública en Colombia, se ha facultado a ciertos funcionarios públicos para que tomen decisiones sin estar apegados a la reglamentación. En aras del mejoramiento en el cumplimiento de la función pública, estos actos se han llamado discrecionales. Uno de ellos es el acto administrativo que declara la insubsistencia de una persona del cargo, el cual no deben ser motivado, pero que producto de la evolución jurisprudencial, en determinados casos, esta decisión tomada por la administración pública ha tenido que motivarse limitando un poco esta facultad discrecional.

El poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar arbitrariamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivo los principios de ejecutoriedad de sus decisiones, debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en si mismo sino un medio al servicio de la sociedad y en aras de garantizar la calidad del mismo.

Por esta razón cuando se declara insubsistente un cargo y el juicio de valor bien puede ser a criterio eficiencia, conveniencia, entre otros; solo cuando el nominador abandona los lineamientos que atañen a la finalidad del buen servicio e invade el ámbito de intereses extraños para tal

cometido, puede hablarse de desviación de poder, circunstancia esta que debe probarse en el proceso.

En este documento se analizará cómo los actos administrativos que declaran la insubsistencia de una persona en cargos públicos en carrera, provisionalidad y libre nombramiento y remoción, no deben ser motivados, puesto que el legislador ha previsto que dichos actos son producto de la facultad discrecional del Estado.

Esta investigación solo abarca la nulidad de los actos que declaran insubsistencia de la persona del cargo, para los cuales la administración no tiene el deber legal de motivarlos. Sin embargo dentro de algunos procesos administrativos se puede ver que existe una clara desviación de poder por parte del funcionario que expide el acto administrativo.

A continuación veremos un análisis conceptual de como la doctrina ha clasificado los actos administrativos; Así mismo las motivaciones de los actos administrativos de declaratoria de insubsistencia y la facultad discrecional, para luego analizar las posiciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado al respecto.

## **1. EL ACTO ADMINISTRATIVO**

En primer término es necesario hacer claridad acerca del concepto de acto administrativo.

*El acto administrativo es entendido como “La declaración unilateral de voluntad de un órgano del poder público en ejercicio de la función administrativa, con efectos jurídicos directos respecto de casos individuales específicos generales, dichos efectos jurídicos se traducen en la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones a favor o a cargo de sujetos específicos o de carácter*

*general, o en la determinación de las condiciones para la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones para determinados casos”<sup>1</sup>*

La doctrina le ha otorgado un sin número de clasificaciones a los actos administrativos pero para efectos de este trabajo analizaremos solo dos tipos de actos : “los reglados y los discrecionales”.<sup>2</sup>

La importancia que reviste para esta investigación la clasificación entre actos reglados y discrecionales, consiste en que nos permite analizar dos orillas conceptuales diametralmente opuestas, que hacen referencia por una parte a que los primeros tienen predeterminados sus elementos, prejuzgándose por el legislador la decisión de adoptar y los segundos en oposición a estos; tienen un mayor ámbito de posibilidades de decisión autónoma.

El acto reglado es definido en los siguientes términos: “La actividad administrativa es reglada cuando se determina el momento, contenido y forma de la misma. La norma jurídica específica la conducta administrativa y limita su arbitrio o libertad; no deja margen alguno para la apreciación subjetiva del agente sobre la circunstancia del acto.”<sup>3</sup>

De esta manera, podemos decir que los actos reglados se dan cuando se cumplen los requisitos de hecho o de derecho para su emisión, dicho acto para que surta efectos deberá ser emitido por la autoridad competente. El fin de este acto debe ajustarse al fin concreto expresado en la norma. Por esta razón, la valoración subjetiva que hace el órgano emisor en este acto es mínima.

---

<sup>1</sup> Fernández Ruiz, Jorge. Programa de Derecho Mexicano de Derecho Administrativo, México: Editorial McGraw Hill. 1997. Pág 127.

<sup>2</sup> Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. México: Porrúa. 1983. Pág. 232.

<sup>3</sup> Dromi, José Roberto. Derecho Administrativo Económico, Buenos Aires: Astrea. 2000. Pág. 465

Los actos reglados dejan al legislador imposibilitado para poder concebir y prevenir en la ley todas las posibilidades de la conducta humana. Puesto que si la administración pública quedara sujeta al cerrado régimen de las facultades regladas, se vería rebasada por las necesidades de realidad y maniatada para cumplir su función.

Con fundamento en lo anterior el legislador ha reconocido un espacio discrecional al actuar de la administración que la doctrina ha bautizado con el nombre de “actos discrecionales”.

El acto discrecional se da cuando la ley permite a la administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar, cómo debe obrar, qué contenido debe dar a su actuación, o abstenerse de obrar es decir igual cosa ocurrirá en todos aquellos casos en que la ley deja a la autoridad libertad de decidir su actuación por consideraciones de carácter subjetivo, tales como las de conveniencia, necesidad, equidad, razonabilidad, suficiencia, exigencia de interés u orden público.

El acto de declaratoria de insubsistencia de un funcionario de libre nombramiento y remoción o en provisionalidad es un acto discrecional, que tiene su fundamentó en la facultad discrecional de la autoridad administrativa, lo que es una potestad jurídica del Estado que permite a dicha autoridad en presencia de circunstancias de hecho determinadas, adoptar una 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.

No obstante, el Consejo de Estado conceptuó que la potestad discrecional no es absoluta e ilimitada, tal como lo afirma en el siguiente fallo:



*“El ejercicio de la potestad discrecional no es ilimitado, sino menguado por el principio de la relatividad, que se traduce en que la distribución del poder se construye sobre la contención del mismo, que impide la existencia de potestades absolutas que corrompen absolutamente, La facultad discrecional no implica el fuero de intangibilidad sobre los actos administrativos para satisfacer caprichos individuales”<sup>4</sup>.*

Con lo extractado de la sentencia citada lo que se pretende decir por parte del Consejo de Estado es que la potestad discrecional no está dada para favorecer caprichos individuales, sino intereses colectivos, buscando favorecer a toda la comunidad que es un postulado del Estado Social de derecho. De esta forma se le impone un límite a la facultad discrecional que se le ha otorgado a la administración para su proceder.

Siguiendo en este mismo sentido en otro aparte de la sentencia anteriormente citada nos dice que:

*“La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir 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.*

*No puede olvidarse que la ley en las oportunidades que autoriza el ejercicio del poder discrecional, exige en todo caso que tal potestad debe desarrollarse en forma adecuada a los fines de la norma que la*

---

<sup>4</sup> Sentencia del 3 de agosto de 2006. No.25000-23-25-000-2000-04814-01(0589-05), Sección Segunda Sub-sección “B”, Consejo de Estado. 3 de agosto de 2006. Actor: Jesús Antonio Delgado. Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez.

*autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa (CCA Art.36).”<sup>5</sup>*

De lo anterior podemos decir entonces que se recalca por parte del Consejo de Estado que este poder discrecional que se le otorga a una autoridad administrativa, no les permite a las autoridades actuar soberanamente, sino que siempre su actuación se debe fundamentar en la satisfacción de los intereses generales para los cuales fue creada dicha potestad y no a caprichos individuales.

Un punto importante ante el uso de la facultad discrecional por parte de la administración, son las reglas de interpretación que ha establecido la doctrina para poder determinar en qué casos estamos ante el uso de dicha facultad. Las reglas de interpretación son siguientes:

- *“Las facultades Discrecionales de una autoridad surgen cuando la Legislación se limita a señalar los fines prescindiendo de la mención específica de los medios para llegar a ellos.*
- *La existencia de formas o de un procedimiento especial para la enunciación de un acto no es impedimento para excluir la posibilidad de que el respectivo acto sea discrecional.*
- *A falta de otros elementos de juicio, la redacción literal de la norma puede determinarnos cuando estamos ante una facultad discrecional.*
- *Cuando la Ley prevea dos o más posibles actuaciones en un mismo caso y no se imponga ninguna de ellas con carácter obligatorio estaremos ante una facultad discrecional.”<sup>6</sup>*

La aplicación de estas reglas nos permiten determinar cuando una actuación de la administración se hace en uso de la facultad discrecional, que se le ha conferido, bien sea por falta de legislación sobre la materia o

---

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Marienhoff S. Miguel, tratado Derecho Administrativo, Uta Edición, Buenos Aires, ED Abeledo Perrot. 1990, Pág. 413

por expresa designación de la ley o cuando la misma ley permita tomar dos caminos diferentes para llegar a un fin, en estos casos estamos ante el uso de la facultad discrecional por parte de la administración, como se presenta en el acto de declaratoria de insubsistencia de un funcionario en provisionalidad y/o de libre nombramiento y remoción.

Por esta razón debemos saber en qué consiste la declaratoria de insubsistencia, cuando se presenta, cual es su fundamento normativo y en que casos se esta ante dicha declaratoria. Para ello debemos saber que:

*“La declaratoria de insubsistencia se da por medio de acto administrativo en el cual la administración cesa del servicio público un funcionario publico, pero lo hace sujetándose a las normas que regulan al funcionario, aunque esto solo se da para los funcionarios de carrera,”<sup>7</sup>.*

Dicha carrera está regulada y para declarar insubsistente a una persona que se encuentra dentro de ella se deberá motivar, por remisión legal, dicho acto; situación diferente para los empleados de *“libre nombramiento y remoción”<sup>8</sup>* y en *“provisionalidad”<sup>9</sup>* para los cuales en el acto de declaratoria de insubsistencia no se le obliga al administrador que diga dentro del acto cuáles son los motivos por los que lo retira.

Analizando la declaratoria de insubsistencia cabe precisar que por vía jurisprudencial se han reconocido en los casos de libre nombramiento y remoción y/o en provisionalidad, cierta estabilidad en el cargo como les sucede a los funcionarios de carrera, aunque como se podrá analizar más

---

<sup>7</sup>Definición Legal: Artículo 1° de la Ley 443 de 1998 y 27 de la Ley 909 de 2004

<sup>8</sup> Es la potestad que tiene un nominador para nombrar y declarar insubsistente a un funcionario sin ninguna motivación.

<sup>9</sup> El nombramiento provisional, según el Consejo de Estado, es el que se le hace a una persona no seleccionada por el sistema de méritos para proveer de manera transitoria un empleo de carrera. Sentencia de 17 de mayo 2007. Expediente 7068-05, Sección Segunda – Sub-sección “B” Consejo de Estado. Actor: Jorge Hernán Palacino Córdoba. Consejero ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez De Páez.

adelante dicha posición respecto del Consejo de Estado no ha sido compartida por la totalidad de sus integrantes ejemplo de ello lo veremos en la sentencia del 28 de Octubre de 1977 en la que nos dice:

*“No es necesario motivar el acto que declara esta insubsistencia, pero si es la voluntad del legislador que se expresen la voluntad de la administración o antecedentes en la toma de la decisión, lo que se encuentra regulada en el Decreto ley 2.400 de 1968 Art. 26, el cual indica:*

*“El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y las causas que le ocasionaron en la respectiva hoja de vida”  
(negrillas fuera del texto)*

*Esto se ha hecho con el fin de evitar la desviación de poder la cual necesariamente surge de documentos u otros medios de prueba que serán anteriores o posteriores al acto administrativo, que para el ejemplo que nos interesa se encontraría en la hoja de vida del funcionario desvinculado donde se determinan las causas o motivos de la insubsistencia”<sup>10</sup>.*

De lo anterior, podemos ver como la ley y la jurisprudencia le han impuesto al funcionario limitantes a su accionar discrecional. Esto lo podemos ver por ejemplo en los casos de declaratoria de insubsistencia de un funcionario de libre nombramiento y remoción, puesto que pese a que no se le obliga a que diga dentro del acto cuales son los motivos por los que lo retira, si le solicita que deje constancia en la hoja de vida de las

---

<sup>10</sup> Sentencia del 28 de Octubre de 1977. Consejo de Estado. Sección Segunda. Expediente No. 2032. Consejero ponente: Eustorgio Sarria.

razones que tuvo en cuenta para su decisión, para evitar incurrir en una desviación de poder.<sup>11</sup>

Se puede decir entonces que la desviación de poder es aquella actuación de una autoridad dentro de su competencia, es decir, dentro del campo de sus facultades, que utiliza su poder para una finalidad distinta de aquella para la que se le ha concedido.

En el derecho administrativo colombiano el C.C.A., en forma más explícita y amplia que la Ley 167 de 1941, se consagró como causal de nulidad de los actos administrativos “la *desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió*”<sup>12</sup>.

La figura de la desviación de poder se crea para permitir a las autoridades administrativas no limitarse a la legalidad formal de los actos administrativos, sino también a los móviles últimos, la razón real que lo llevó al funcionario público u organismo público a emitir el acto administrativo, aquel que ha sido impugnado:

*Para evitar que la desviación se presente cuando estamos ante un acto que declara la insubsistencia de un funcionario que desempeña un cargo en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción, es necesario por parte de “la autoridad administrativa que expide el acto expresar las razones o antecedentes que han incidido para tomar esa decisión en aras de impartirle a ese acto transparencia y publicidad y cumplir con los fines del Estado”.*<sup>13</sup>

De no hacerlo dicha autoridad estaría incurriendo en la arbitrariedad:

---

<sup>11</sup> Se llama desviación de poder a un vicio del acto administrativo que consiste en “el ejercicio por parte de un órgano de la Administración Pública de sus competencias o potestades públicas para fines u objetivos distintos de los que sirvieron de supuesto para otorgarle esas competencias o potestades, pero amparándose en la legalidad formal del acto” Atienza, Manuel. Artículo: Desviación de poder. Universidad de Alicante. Diciembre 10 de 2000.

<sup>12</sup> Artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

<sup>13</sup> Sentencia SU-250 de 1998. Corte Constitucional. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

*"La arbitrariedad, por tanto, es lo contrario de la motivación que estamos examinando, es la no exposición de la causa de la decisión o la exposición de una causa ilógica, irracional o basada en razones no atendibles jurídicamente, de tal forma que la resolución aparece dictada solo con base en la voluntad o capricho del que la toma, como un puro voluntarismo."*<sup>14</sup>

Para que un funcionario no caiga en la nulidad de su acto por un vicio como lo es la desviación de poder, deberá demostrar y expresar que su acto lo realizó en cumplimiento de la función pública, con lo que le impartiría transparencia y publicidad y permitiría ser controvertido por el afectado en caso de que este consideré que la expedición de dicho acto respondió una finalidad distinta de aquella para la que se le ha concedido poder.

Antes de adentrarnos en el análisis de las posiciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado al respecto de la motivación de los actos administrativos de declaratoria de insubsistencia y la facultad discrecional, es necesario hacer un análisis conceptual de como la doctrina ha clasificado los actos administrativos. A continuación veremos la definición de estos conceptos y como es la posición de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado al respecto.

## **2. LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA Y LA FACULTAD DISCRECIONAL**

En Colombia la posición de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado respecto al tema de la motivación de los actos administrativos que

---

<sup>14</sup> Chamorro Bernal Francisco. "La tutela Judicial Efectiva". Editorial Bosh S.A. Barcelona. 2000. Pág. 237.

declaran insubsistente a un funcionario de libre nombramiento y remoción o que se encuentra en provisionalidad, ha sido diferente.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido unánime en los últimos tiempos en establecer una posición respecto a los cargos en provisionalidad; posición que se encuentra en consonancia con lo que se ha establecido en la Constitución Política, en materia de estabilidad laboral y debido proceso, lo que le ha otorgado una mayor estabilidad a los empleados nombrados en provisionalidad y que en determinadas situaciones se ha concedido también a los cargos de libre nombramiento y remoción.

En reiteradas sentencias de tutela la Corte Constitucional, viene fijando como sub-regla constitucional la relacionada con que los actos de declaratoria de insubsistencia de empleos en provisionalidad deben ser motivados a efectos de no transgredir el derecho fundamental al debido proceso del empleado. Lo anterior por cuanto se estima por la Corte que si el empleado no conoce los motivos que tuvo la Administración para retirarlo, no puede debatirlos ante la misma administración. Dicho criterio implica la existencia del concepto de la estabilidad relativa de dichos empleados

Por su parte el Consejo de Estado, en especial la sección segunda que es la que conoce acerca de la nulidad de los actos administrativos que declaran insubsistente a un funcionario de libre nombramiento y remoción o que se encuentra en provisionalidad, ha dicho que el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora sin necesidad de motivar la providencia, atributo de derecho público, conocido como facultad discrecional. Pero esta sección se divide en sub-secciones y al respecto la Sub-sección "A" expresó que el acto por medio del cual se retira del servicio a un funcionario provisional, debe

motivarse, así sea sumariamente. Por su parte, la Sub-sección "B" afirmó que dicha decisión no requiere motivación, es decir no exige que en la misma se consignen los motivos por los cuales el nominador adopta la medida.<sup>15</sup>

Por las razones expuestas anteriormente es pertinente realizar un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado (Sección Segunda –Subsecciones "A" y "B") y los motivos de fondo que los llevan a tener estas posiciones.

## **2.1. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.**

Uno de los derechos que protege la Corte Constitucional al momento de obligar a la administración a motivar su acto es el debido proceso, el cual es un derecho fundamental, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, que al respecto nos dice:

*“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.*

La Corte en su jurisprudencia ha sostenido que la existencia de dicho derecho fundamental, se concreta, en cuanto a los mecanismos de protección de los administrados, “en dos garantías mínimas, a saber: (i) En la obligación de las autoridades de informar al interesado acerca de cualquier medida que lo pueda afectar; y (II) en que la adopción de dichas decisiones, en todo caso, se sometan por lo menos a un proceso sumario

---

<sup>15</sup> Sentencia del 12 de marzo de 2009. Exp. 25000-23-25-000-2000-04662-01 (4125-2004) Consejo de Estado, Sección Segunda -Subseccion "A" M.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.



que asegure la vigencia de los derechos constitucionales de contradicción e impugnación”<sup>16</sup>. De esta manera, el debido proceso administrativo ha sido definido como:

*“La regulación que limita a los poderes del Estado y estableciendo las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley.”<sup>17</sup>*

Para efectos del análisis jurisprudencial, debemos iniciar con la sentencia SU-250 de 1998, con Ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, puesto que es una sentencia de unificación y es la que marca el camino a seguir respecto a la posición de la corte sobre la motivación de los actos administrativos de declaratoria de insubsistencia y la facultad discrecional que tiene la administración al momento de expedir dichos actos.

### **Análisis Sentencia SU-250 DE 1998, Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.**<sup>18</sup>

**Resumen del Caso:** Margarita María Duque de Valencia, por medio de la acción de tutela solicita la protección de sus derechos constitucionales al trabajo, igualdad, y debido proceso, presuntamente vulnerados por el gobierno Nacional, al ser desvinculada del cargo de Notaria 25 del circuito de Medellín que ocupaba provisionalmente. La sentencia ordenó revocar parcialmente la sentencia de segunda instancia, proferida en la tutela de la referencia y en su lugar se concede la tutela respecto al derecho al debido proceso.

---

<sup>16</sup> Sentencia T-982/04. Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

<sup>17</sup> C.P. arts. 40 y 122

<sup>18</sup> Sentencia SU-250 de 1998, M.P: Alejandro Martínez Caballero

La sala laboral de la Corte Suprema de Justicia revocó la decisión aduciendo que la tutela no es el mecanismo adecuado para proteger estos derechos toda vez que existen otros mecanismos. La Corte, finalmente, revisó las anteriores sentencias, y realizó un análisis sobre la motivación y en los casos en los que procedía la tutela contra estos tipos de actos y accedió a las pretensiones de la demandante. Es decir, operó la tutela como mecanismo transitorio.

**Problema jurídico:** Puede declararse la insubsistencia de un funcionario en provisionalidad, por medio de acto administrativo sin motivación alguna.

Para resolver este problema jurídico la corte en esta sentencia hace un análisis sobre la motivación, y al respecto nos dice que:

*“La falta de motivación de ese acto del Estado que retira del servicio a una persona nombrada en interinidad porque aún no se han hecho los concursos para ingresar a la carrera, es una omisión en contra del derecho porque la motivación es necesaria para el control de los actos administrativos que facilita la función revisora de lo contencioso-administrativo, y, por ende, la falta de motivación se convierte en un obstáculo para el efectivo acceso a la justicia. Esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en un indefensión constitucional”<sup>19</sup>*

Lo que plantea la corte con la cita anterior, es que si no se motivan los actos que declaran la insubsistencia, la persona afectada no podrá conocer las razones que llevaron a la administración a tomar esa decisión y no podrá defenderse, por lo que se le estará violando el debido proceso al funcionario que resulta afectado por esa decisión.

Con la protección constitucional de publicidad de las razones que

---

<sup>19</sup> Ibíd.

originaron la decisión que se toma mediante acto administrativo, lo que busca la corte es que el acto se someta al derecho y permita que el funcionario afectado pueda conocer las razones que originaron la decisión para que este busque la protección de sus derechos. Al respecto la corte expresa que *“La motivación es una expresión del principio de publicidad, que es constitucionalmente recogida en el artículo 209”*<sup>20</sup>

En la misma sentencia, la Corte aclara que además puede darse publicidad a las razones que dieron origen a la decisión para otorgarle transparencia al actuar de la administración, para lo cual se menciona que existen dos tipos de motivación como lo es la motivación concurrente y la posterior, que al respecto, se nos dice:

*“En algunas ocasiones se puede dar una motivación posterior. Por supuesto que lo normal es que sea concomitante con el acto administrativo y esté incluida la motivación dentro de aquél para que así sea más claro el principio de publicidad. Sin embargo, está el caso ya expresado del artículo 26 del decreto 2400 de 1968 que exige dejar constancia del hecho y de las causas del retiro en la respectiva hoja de vida del servidor público de libre nombramiento y remoción a quien se declara insubsistente.*

*Esta sabia determinación evita el abuso del derecho y la desviación del poder”.*<sup>21</sup>

Como se ha venido diciendo en el capítulo anterior los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un funcionario de libre nombramiento y remoción se hacen en función de la potestad discrecional que se le ha conferido a la administración. Para ello en la sentencia SU-250 de 1998, dice que: *“La discrecionalidad no supone la libertad de la*

---

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Ibid.

*administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta*<sup>22</sup>.

En otro aparte de la misma sentencia dice que:

*“lo discrecional también debe decidirse con fundamento en motivaciones suficientes que permitan distinguirlo de lo puramente arbitrario o caprichoso, y en cómo esta idea ha sido recogida por el legislador colombiano en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, según el cual "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"*<sup>23</sup>.

Con lo anterior, lo que busca la Corte, en primera medida es imponer límites al actuar de la administración, pues de acuerdo a ello, toda actuación deberá tener un sustento que justifique esa manera de actuar en cada caso particular y por otro lado nos recuerda que las actuaciones de la administración se deberán adecuar a los fines de la norma que autorizan su actuar.

La sentencia T-395 de 2003 con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, que es de vital importancia para nuestro trabajo, toda vez que en ella se trae a colación que pese a que el acto administrativo que declara insubsistente a un funcionario no se debe motivar, se debe dejar constancia en su hoja de vida de las razones que llevaron a la administración a tomar esa decisión, para que el afectado las conozca y pueda hacer valer sus derechos.

Resumen de los hechos: El señor Iván Mauricio Martínez Rojas fue nombrado Alcalde de la localidad de Usme el 7 de diciembre de 2001.

---

<sup>22</sup> *Ibíd.*

<sup>23</sup> *Ibíd.*

Tomó posesión del cargo el 10 de diciembre del mismo año. Posteriormente el Jefe de la Unidad de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico de la Personería de Bogotá D.C. el 7 de junio de 2002, pidió al Alcalde Mayor que suspendiera a Martínez Rojas del cargo de Alcalde Local por el término de tres meses.

El 11 de julio de 2002 el Alcalde Mayor D.C., profirió el decreto 303, sin motivación alguna, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de Iván Mauricio Martínez Rojas a partir del 11 de julio de 2002. Ese mismo día el personero distrital revocó la sanción de suspensión provisional pero se mantuvo la declaratoria de insubsistencia.

Ante el mantenimiento de la declaratoria de insubsistencia, el señor Iván Martínez Rojas impone tutela contra la resolución del alcalde Mayor, aduciendo que se le han violado los derechos fundamentales a la igualdad, buen nombre, honra, debido proceso y trabajo.

En primera instancia, el Juzgado 32 Civil Municipal y en segunda instancia el Juzgado 1° Civil del Circuito de Bogotá negaron la tutela aduciendo que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para proteger estos derechos toda vez que existen otros mecanismos. La Corte, finalmente, revisó las anteriores sentencias, y realizó un análisis sobre la motivación y en los casos en los que procedía la tutela contra estos tipos de actos y accedió a las pretensiones del demandante.

La Corte accede a las pretensiones del demandante porque se aprecia que:

*No hay constancia alguna que permitiera clarificar la conducta del señor Iván Mauricio Martínez Rojas, porque no hubo motivación. Se dirá que el acto de declaratoria de insubsistencia, no requería necesariamente ser motivado. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha señalado la importancia de la inclusión en la hoja de vida del afectado de todas aquellas circunstancias que permitan*

*conocer, actualizar y rectificar informaciones. Y esto no ha ocurrido en el presente caso.*<sup>24</sup>

En tal sentido la declaratoria de insubsistencia se hizo sin que se hubiere anotado en la hoja de vida del accionante las causas del retiro.

Lo importante de rescatar de esta sentencia referente a nuestro tema es como la corte le exige a la autoridad la necesidad de anotar en la hoja de vida del funcionario las razones que motivaron a tomar dicha decisión del retiro para lo cual al respecto dice:

*“Es necesario incluir en la hoja de vida no solo el resultado (declaratoria de insubsistencia) sino las razones que llevaron a la determinación del nominador. Se deben reseñar la totalidad de las causas que llevaron al nominador para retirar del servicio a un empleado ya que esto hace parte de un flujo de datos veraz”*<sup>25</sup>.

Esto hace referencia a la motivación sumaria que:

*“Es un mínimo, exigible a quien profiere el acto e imprescindible para la validez del mismo, por medio del cual se asegura al particular afectado que tendrá, cuando menos, noticia sucinta sobre las razones que invoca la Administración. En esas condiciones, la motivación es imprescindible para dictar tales actos, lo que significa que si son expedidos sin motivación implican abuso en el ejercicio de la autoridad y necesariamente responsabilidad de quien ha omitido tal deber”*<sup>26</sup>.

La corte ha protegido siempre a los funcionarios en provisionalidad y ha obligado a la administración a motivar los actos de declaratoria de insubsistencia de estos mismos, pero esto se ha hecho extensivo a los funcionarios en libre nombramiento y remoción toda vez que se debe por

---

<sup>24</sup> Sentencia T-395 de 2003. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Sentencia C-371 de 1999. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

parte de la administración indicar las razones de su decisión que como se ha podido ver puede ser en la respectiva anotación en la hoja de vida, con el fin de darle transparencia y publicidad a su actuación.

Al respecto el doctrinante Luciano Parejo nos dice:

*“En la actuación y, por tanto, en el procedimiento administrativo existe una tensión específica entre el secreto y la reserva, a los que tiende por propia lógica la Administración, y la publicidad, que busca la transparencia como una técnica más al servicio tanto de la objetividad y del sometimiento pleno a la Ley y al Decreto de ésta en su acción, como de la prosecución efectiva del interés general”<sup>27</sup>.*

Se podría pensar que con esto lo que se busca es limitar la facultad discrecional que se le ha dado a la administración por vía legal, pero lo que intenta hacer la jurisprudencia y en este caso la de la Corte Constitucional es exigirle a la administración un sustento que justifique esa manera de actuar en cada caso particular, con el fin de darle publicidad al acto para que pueda ser controvertido por el directamente afectado y no se torne arbitrario como ya se ha dicho.

La línea de la Corte es clara en el sentido de proteger el derecho al trabajo de los funcionarios en provisionalidad y los de libre nombramiento y remoción al solicitar que aunque el acto administrativo que declara insubsistente a un funcionario no se debe motivar, la administración debe indicar las razones de su decisión para que el afectado las conozca y pueda hacer valer sus derechos.

En el desarrollo de esta investigación se revisaron mas de 25 sentencias, 10 de las cuales eran referentes al tema de la insubsistencia de un funcionario en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción por

---

<sup>27</sup> Manual de derecho administrativo comunitario, Centro de Estudios Ramón Areces. (CERA). 2001. Pág. 445.

medio de acto administrativo sin motivación alguna, tal como se muestra en el siguiente análisis del precedente jurisprudencial<sup>28</sup>

**Tabla 1. Análisis del precedente jurisprudencial de las decisiones de la Corte Constitucional**

¿Puede declararse la insubsistencia de un funcionario en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción por medio de acto administrativo sin motivación alguna?		
Todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna	<p><b>T-800/98 MP: Vladimiro Naranjo:</b> Se aclara la protección al derecho a la estabilidad laboral de los funcionarios que no se encuentran en cargos de carrera administrativa y se trae una nueva prerrogativa vinculada al derecho al trabajo como lo es el derecho a la permanencia en el cargo y como se puede proteger dicho derecho mediante tutela.</p>	El acto administrativo que declara insubsistente a un funcionario en provisionalidad y de libre nombramiento y remoción no requiere motivación toda vez que se expide haciendo uso de la facultad discrecional.
	<p><b>C-371/99 MP: José G Hernández:</b> Se realiza un análisis de los alcances de la motivación sumaria, que es de suma importancia, toda vez que dicha motivación garantiza el cumplimiento por parte del administrador los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.</p>	
	<p><b>C-599/00 MP: Vladimiro Naranjo:</b> Se confirma el artículo 5° de la Ley 443 de 1998 donde se precisa que los presidentes o gerentes de las empresas industriales del Estado, agentes del presidente de la República son de su libre nombramiento y remoción.</p>	

Tabla 1. (Continuación)

¿Puede declararse la insubsistencia de un funcionario en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción por medio de acto administrativo sin motivación alguna?		
	<p><b>T-884/02 MP: Clara Inés Vargas:</b> Se amplía el campo de protección de la estabilidad laboral y la permanencia en el cargo. No se pueden desconocer otras situaciones que se presentaban para la época para desconocer la protección de los derechos de una</p>	

<sup>28</sup> Lopez medida, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Editorial Legis. Segunda edición. Bogotá . 2006. Pág. 45.



<p>Todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna</p>	<p>madre cabeza de hogar con un hijo en situación de discapacidad</p>	<p>El acto administrativo que declara insubsistente a un funcionario en provisionalidad y de libre nombramiento y remoción no requiere motivación toda vez que se expide haciendo uso de la facultad discrecional.</p>
	<p><b>T-395/03 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra:</b> Pese a que el acto administrativo que declara insubsistente a un funcionario no se debe motivar, se debe dejar constancia en su hoja de vida de las razones que llevaron a la administración a tomar esa decisión, para que el afectado las conozca y pueda hacer valer sus derechos.</p>	
	<p><b>T-951/04 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra:</b> Se hace un análisis de la línea jurisprudencial sobre la motivación de los actos administrativos de funcionarios en provisionalidad y se obliga a motivar dicho acto.</p>	
	<p><b>T-648/05 MP. Manuel J. Cepeda:</b> se mantiene la misma línea proteccionista de obligar a la administración a motivar el acto administrativo por medio del cual declara la insubsistencia de un funcionario en aras de garantizarle el debido proceso</p>	
	<p><b>T-156/06 MP. Alfredo Beltrán Sierra</b> Se reafirma la línea sobre la obligatoriedad de motivar los actos administrativos de desvinculación pues de no hacerlo se vulnera su derecho al debido proceso y a la defensa al no permitírsele conocer las razones que tuvo la administración para proferir dicho acto.</p>	

Tabla 1. (Continuación)

<p>¿Puede declararse la insubsistencia de un funcionario en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción por medio de acto administrativo sin motivación alguna?</p>		
	<p><b>T-648/05 MP. Manuel J. Cepeda:</b> Nuevamente se mantiene la tendencia de la corte en proteger los derechos de los funcionarios en provisionalidad cuando son</p>	

<p>Todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna</p>	<p>declarados insubsistentes sin motivación alguna.</p>	<p>El acto administrativo que declara insubsistente a un funcionario en provisionalidad y de libre nombramiento y remoción no requiere motivación toda vez que se expide haciendo uso de la facultad discrecional.</p>
	<p><b>T-857/07</b> <b>MP: Humberto A Sierra Porto:</b> Se mantiene la línea jurisprudencial obligando a la administración a motivar sus actos.</p>	
	<p><b>T-437/08 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra:</b> Se hace una reiteración de la línea jurisprudencial sobre la motivación de la desvinculación de funcionario que ejerce en provisionalidad cargo de carrera administrativa.</p>	
	<p><b>T-437/08 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra:</b> Se hace una reiteración de la línea jurisprudencial sobre la motivación de la desvinculación de funcionario que ejerce en provisionalidad cargo de carrera administrativa.</p>	
	<p><b>T-108/09 MP. Clara Helena Reales Gutiérrez:</b> reiteración jurisprudencial acerca de la motivación de la desvinculación</p>	
<p><b>T-219/10 MP. Mauricio González Cuervo:</b> Reiteración de jurisprudencia, pero en esta se vuelve hacer referencia de manera precisa a la necesidad de motivación de los actos administrativos como desarrollo del principio de publicidad en la función pública.</p>		

Hay que destacar que la Corte ha tenido algunas variaciones en la argumentación que han ido consolidando su línea, por lo que la anterior tabla no es necesariamente lineal; Sin embargo nos muestra como ha sido el comportamiento uniforme de las decisiones de la Corte Constitucional respecto a la motivación de los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un funcionario generalmente en provisionalidad, pero esta exigencia se ha hecho exigible a los de libre

nombramiento y remoción en aras de proteger el debido proceso, con lo que se les está reconociendo cierta estabilidad, ya que su desvinculación debe darse a través de un acto motivado sumariamente o posteriormente a la expedición del mismo; no obstante, opera como mecanismo transitorio ya que se exige impugnar el acto de insubsistencia en la jurisdicción Contencioso administrativa.<sup>29</sup>

## **2.2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL POSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO.**

A diferencia de la posición uniforme de la Corte Constitucional sobre el tema materia de estudio, el Consejo de Estado y para ser más precisos la Sección Segunda quien es la que conoce de estos casos, no ha sido uniforme como se demostrara en este capítulo.

En relación a la desviación de poder como un acto de nulidad de los actos administrativos, vemos que el artículo 84 del C.C.A. indica claramente que el acto de nulidad procederá:

*No sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionario u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.*<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Sin embargo pese a lo anterior, la Corte ha obrado de forma discriminatoria pues a diferencia de los funcionarios públicos en general, sido muy clara al defender la potestad discrecional de otros funcionarios con altas dignidades como el Presidente, los Gobernadores y Alcaldes.

<sup>30</sup> Artículo 84. Decreto 01 de 1984. Código Contencioso Administrativo.

El Consejo de Estado define entonces la desviación de poder como:

*“...constituida por los hechos de una autoridad administrativa que observando las formalidades requeridas y realizando un acto de su competencia, “ratione personae”, y no violando la ley, usa su poder con un fin y por motivos distintos a aquellos en vista de los cuales se les confino, es decir con un fin y motivos no admitidos por la moral administrativa”<sup>31</sup>*

Precisado lo anterior es pertinente decir que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho que el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente, libremente por la autoridad nominadora sin necesidad de motivar la providencia, en uso de la facultad discrecional, con lo que se asimilan los cargos en provisionalidad y de libre nombramiento y remoción por parte del Consejo de Estado.<sup>32</sup>

Sin embargo, también ha dicho la jurisprudencia<sup>33</sup>, que tal prerrogativa no puede concebirse de manera aislada e ilimitada y sin ningún control, que su ejercicio tiene en el ordenamiento trazados precisos límites, unos de orden constitucional y otros de rango legal, como la adecuación de su ejercicio a los fines de la norma que la autoriza y la proporcionalidad a los hechos que le sirven de causa para justificar su actuar.

A partir de la sentencia del Consejo de Estado del 18 de Mayo de 2000<sup>34</sup>, el punto de vista de algunos consejeros se ha orientado a solicitar a la administración, efectuar una motivación sumaria de las causales en las

---

<sup>31</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. M.P. Dr. Silvio Escudero Castro. Exp. 15040. Gaceta Jurisprudencial No. 71 de Enero de 1999. Pag. 39.

<sup>32</sup> Sentencia del 12 de Febrero de 2004. Radicación N° 11001-03-25-0002001 00207-00 (3016-01) Sección Segunda. Consejo de Estado. Actor: Jairo Villegas Arbeláez. Consejero ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

<sup>33</sup> Sentencia del 18 de Mayo de 2000. Radicación No: 2459-99 Sección Segunda Sub-sección B. Consejo de Estado. Actor: Doris Isabel Ceballos Mendoza. Consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado.

<sup>34</sup> *Ibíd.*

que se funda el acto administrativo que declara insubsistente a un funcionario de libre nombramiento y remoción, para lo cual se han establecido unos preceptos que se deben tener en cuenta como lo es la idoneidad del funcionario para el cargo y la trayectoria del mismo. Basados en estos criterios se les han otorgado a estos funcionarios una estabilidad relativa.

A continuación se realizará un análisis de algunas sentencias expedidas por el Consejo de Estado, Sección Segunda, que resuelven casos de funcionarios públicos en cargos de libre nombramiento y remoción y en provisionalidad, que han sido declarados insubsistentes de sus cargos a pesar de su larga trayectoria en las entidades (Más de 10 años de servicio en algunos casos), que cuentan con una excelente hoja de vida, y no cuentan con sanciones disciplinarias; casos en los que el Consejo de Estado ha indicado que se invierte la carga de la prueba y en consecuencia le corresponde a la entidad demandada demostrar la legalidad de su acto.

Por lo anterior, no se incorpora dentro de este estudio los casos de situaciones fácticas diferentes en los que, por ejemplo el funcionario declarado insubsistente no tiene una buena hoja de vida y/o no llevaba trabajando un largo periodo de tiempo al servicio de la entidad, entre otras; pues esas sentencias constituyen un problema jurídico diferente a nuestra investigación.

Así las cosas procederé con el estudio del precedente judicial, iniciando tal y como antes se señaló con la sentencia del 18 de mayo de 2000 Actor: Doris Isabel Ceballos, MP doctor Alejandro Ordóñez Maldonado.

**2.2.1. Análisis Sentencia del 18 de mayo de 2000. Consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado.<sup>35</sup>**

En esta sentencia se declaró la nulidad de un acto de insubsistencia de una funcionaria que registraba una experiencia de 27 años al servicio del ISS y que contaba con una excelente hoja de vida, como lo es el caso del accionante. En esa oportunidad el Consejo de Estado indicó:

*Se controvierte la Resolución No. 6676 del 19 de noviembre de 1996, expedida por el Presidente del Instituto de los Seguros Sociales, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento de la actora en el cargo de Profesional Universitario, grado 30, 8 horas, del Departamento Nacional de Compras.*

***En esta oportunidad el acto de insubsistencia acusado, no puede juzgarse y despacharse las peticiones de la demanda de manera adversa con el argumento simplista “que se presume expedido en aras del buen servicio público”, entendiendo que la protección especial que prevé la Constitución, es el derecho al trabajo y no la exigencia de mantener al funcionario en el cargo en forma indefinida - por idóneo que sea -, como lo plantea el juzgador de primera instancia. La decisión en tal sentido va en contravía de los principios y derechos fundamentales previstos en la Carta Política, pasa por inadvertido el problema jurídico sometido a examen y decisión del juez contencioso administrativo. La Carta Política, dispuso que la función administrativa está al servicio de los intereses generales, tal función no se concibió para satisfacer caprichos individuales, no puede olvidarse que entre los fines del Estado se encuentra el respeto al trabajo, dentro de la vigencia de un***

---

<sup>35</sup> Sentencia del 18 de Mayo de 2000. Radicación número: 2459-99 Sección Segunda Sub-sección B. Consejo de Estado. Actor: Doris Isabel Ceballos Mendoza. Consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado.

*orden justo, para lo cual asignó a las autoridades la responsabilidad de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales.*

*Es verdad que según las normas que regulan la administración de personal, que el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora sin necesidad de motivar la providencia, atributo del derecho público, conocido como facultad discrecional. Sin embargo tal prerrogativa no puede concebirse de manera aislada e ilimitada y sin ningún control, su ejercicio tiene en el ordenamiento, trazados precisos límites, unos de orden Constitucional ya citados aunque no todos, y otros de rango legal, como la adecuación de su ejercicio a los fines de la norma que la autoriza y la proporcionalidad a los hechos que le sirven de causa.*

*Sin embargo en asuntos como el presente la hoja de vida de la actora es prueba suficiente para demostrar que el nominador con la expedición del acto acusado desbordó la proporcionalidad del ejercicio de la facultad discrecional que le confiere la ley, pues los méritos personales de la servidora derivados de su experiencia en los distintos cargos que desempeñó, su preparación académica, el cumplimiento de las responsabilidades a ella encomendadas, con ausencia de antecedentes disciplinarios, garantizaban la prestación del adecuado servicio público a que la sociedad aspira. Estas circunstancias por sí solas demuestran que la expedición del acto de insubsistencia sin ninguna justificación, desconoce la previsión del artículo 36 del C.C.A., antes anotada. (...).*

***En situaciones como la presente se invierte la carga de la prueba, es decir correspondía al I.S.S. demostrar que con el ejercicio de la facultad de libre remoción, se proponía mejorar el servicio público a su cargo, e indicar en qué condiciones, de lo***

**contrario se pone en evidencia el desvío de poder.** (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Lo primero que se destaca de esta sentencia es que el Consejo de Estado rechaza de plano el argumento simplista de negar pretensiones de la demanda con fundamento en que “el acto se presume expedido en aras del servicio”, y en sentido contrario señala que en este tipo de casos la sola hoja de vida sin sanciones y con buenas calificaciones, invierte la carga de la prueba y como consecuencia, a la entidad demandada le corresponderá defender la legalidad del acto administrativo demandado, es decir que le corresponde brindar las razones por las cuales se declaró insubsistente al actor, situación que no ocurrió en aquel caso.

Como podemos ver, para el Consejo de Estado la hoja de vida es determinante en la valoración que hace la administración en la conducta de un funcionario. La posición de la sección segunda (Sub-sección B) es muy clara al respecto:

*La hoja de vida cumple un papel de importancia especial en la valoración que corresponde efectuar al juez de lo contencioso administrativo en materia del ejercicio de las facultades discrecionales por la Administración. Dado que resulta difícil desentrañar los aspectos subjetivos de una determinación gobernada por tales facultades, por tratarse de elementos que se encuentran en la mente del funcionario que toma la determinación de que se trate, los móviles que conducen a ella deben poder ser apreciados a través de elementos objetivos como los que se consignan en la hoja de vida. Así las cosas, este medio de que goza la Administración para apreciar la conducta del funcionario, también presta utilidad al momento de fijar en el caso concreto un parámetro que permita aplicar en forma cabal los alcances relativos al hecho de que una decisión discrecional “debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de*



*causa”, según lo dispone el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo. Como la “adecuación” a los fines y la “proporcionalidad” a los hechos que sirven de causa a una decisión discrecional no pueden ser apreciados en abstracto, la medida de ello la brinda, entre otros elementos, la hoja de vida o registro de las actuaciones del servidor público.<sup>36</sup>*

Luego de la anterior sentencia, que como ya se dijo, es la que da origen a este reconocimiento y a que se exija la motivación del acto administrativo sumariamente con la anotación en la hoja de vida de las razones que originaron la destitución del funcionario, se pasará a analizar el problema que se presenta al interior del Consejo de Estado, con casos muy similares donde no se aplica el precedente sino que se apartan de este pero sin desconocerlo.

### **2.2.2. Análisis Sentencia del 22 de Junio de 2000. Consejero ponente: Carlos A. Orjuela Góngora.<sup>37</sup>**

La sentencia del Consejo de Estado, donde se declaró nulo un acto administrativo por medio del cual se declaró insubsistente sin motivación a un funcionario que llevaba 16 años al servicio de la entidad. La sentencia indicó:

*Estas dos premisas: idoneidad del trabajador, experiencia para el desempeño en el cargo adquirida por **más de 16 años** y con conocimientos específicos para el cargo, hacen presumir que estaba plenamente capacitado para prestar un buen servicio; por ende, debía la administración demostrar las razones por las cuales*

---

<sup>36</sup> Sentencia del 27 de Marzo de 2003. Radicación número: 05001-23-25-000-1997-1223-01(2366-02) Sección Segunda Sub-sección B. Consejo de Estado. Actor: Francisco Javier Caballero Hurtado. Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

<sup>37</sup> Sentencia del del 22 de Junio de 2000. Radicación número2468/99. Sección Segunda Sub-sección B. Consejo de Estado. Actor: Pastor Baena Gutierrez. Consejero ponente: Carlos A. Orjuela Gongora.

*prescindió de una persona idónea, pues discrecionalidad no significa arbitrariedad.*

*(...).*

*No resulta razonable, como en este caso, que una persona con una excelente hoja de vida, buen funcionario, con experiencia en la institución y en el cargo digna de resaltar, de la noche a la mañana pase a ser un funcionario inconveniente para la administración. Tampoco se puede presumir; ligeramente, que su retiro se produjo en aras del mejoramiento del servicio.*

*El nominador, goza de un margen discrecional razonable en la escogencia frente a los empleados de libre nombramiento y remoción, pero esto no quiere decir que pueda removerlos o nombrarlos de manera caprichosa o arbitraria, desconociendo sus calidades experiencia e idoneidad en el desempeño de las funciones, en este supuesto las razones deben ser objetivas, sólidas y explícitas*

*Lo anterior, cobra mayor fundamento en el principio Constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, porque al examinar los hechos a través de los diferentes medios probatorios, que dan cuenta de las calidades del demandante, es evidente que queda sin piso la decisión del nominador. (Negrilla fuera de texto).”*

Con la idoneidad y la amplia experiencia de mas de 16 años de un funcionario en el cargo, se presume que esta debidamente capacitado para el cargo; En tal sentido la administración no puede confundir discrecionalidad con arbitrariedad y no puede removerlos de manera caprichosa o arbitraria. Es su obligación demostrar las razones de su desvinculación con razones objetivas, sólidas y explícitas.

En la siguiente sentencia vemos que lo mencionado anteriormente se justifica y que además la administración debe demostrar porque al

remover del cargo al funcionario se proponía mejorar el servicio; Esto para evitar que se extralimiten la proporcionalidad y razonabilidad que impone el ejercicio de la facultad discrecional.

### **2.2.3. Análisis Sentencia del 8 de julio de 2004. Consejero ponente: Alberto Arango Mantilla.<sup>38</sup>**

En el sentido de la anterior sentencia de declarar insubsistente sin motivación a un funcionario, se pronunció el Consejo de Estado en Sentencia del 8 de julio de 2004, Expediente 1276-99, M.P. Alberto Arango Mantilla, donde un funcionario de libre nombramiento y remoción demuestra con su hoja de vida más de 26 años de trabajo comprometido a la Institución, sin antecedentes de ninguna índole, al afirmar que no basta que la entidad se base en la facultad discrecional y en necesidades de mejoramiento del servicio para retirar al funcionario, pues requiere de razones que justifiquen el por qué se proponía mejorar el servicio. Al efecto dijo:

*En asuntos como el presente, donde se ejerce control de legalidad de actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional, donde la hoja de vida del servidor refleja una trayectoria de trabajo comprometido, sin que denote deficiencia en la prestación del servicio, sin antecedentes disciplinarios, no basta que la entidad se base en la facultad discrecional y en necesidades del mejor servicio; debe cuando menos, aflorar en el proceso alguna razón que justifique el por qué se proponía mejorar el servicio, para evitar así que se extralimiten la proporcionalidad y razonabilidad que impone el ejercicio de la facultad discrecional, la cual rechaza la Constitución y la Ley.*

---

<sup>38</sup> Sentencia del 8 de Julio de 2004. Expediente: 1276-99. Sección Segunda Sub-sección B. Consejo de Estado. Consejero ponente: Alberto Arango Mantilla.

Como podemos ver esta sentencia nos aclara que en el ejercicio de la facultad discrecional no se puede extralimitar la proporcionalidad y razonabilidad en el acto de remoción del cargo a un funcionario.

A continuación veremos como algunos actos administrativos de declaratoria de insubsistencia se producen para satisfacer intereses ocultos y donde vemos como dichas declaratorias se expiden por el administrador sin justificación alguna.

#### **2.2.4. Análisis Sentencia del 28 de enero de 2010 Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.<sup>39</sup>**

En sentencia del 28 de enero de 2010 del Consejo de Estado, donde se declaró nulo un acto administrativo por medio del cual se declaró insubsistente sin motivación a un funcionario que llevaba mas de 20 años al servicio de la entidad, se indicó:

*“si bien en numerosos pronunciamientos esta Sala viene sosteniendo que el acto por medio del cual el nominador retira del servicio a un funcionario de libre nombramiento y remoción se entiende expedido en aras del buen servicio, **en el presente caso, la hoja de vida del actor, su desempeño, los meritos adquiridos en el ejercicio de los distintos cargos, su preparación académica y el cumplimiento de las funciones encomendadas, son prueba suficiente para demostrar que el nominador desbordó el ejercicio de la facultad discrecional que la ley le confiere**, circunstancia que demuestra que la insubsistencia fue expedida sin justificación alguna, desconociendo lo establecido en el artículo 36 del C.C.A.”(Negrillas fuera del texto).*

---

<sup>39</sup> Sentencia del del 28 de Enero de 2010. Radicación No. 00357/02. Sección Segunda Subsección A. Consejo de Estado. Actor: Actor: Norberto Acevedo Ramírez. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

En este caso la jurisprudencia reitera la protección que le cabe a los empleados de libre nombramiento y remoción, siempre y cuando se pruebe que el acto expedido no pretendió mejorar el servicio sino que fue expedido con el fin de satisfacer intereses ocultos, para lo cual se invierte la carga de la prueba.

Hemos analizado el precedente que tiene el Consejo de Estado respecto a funcionarios públicos en cargos de libre nombramiento y remoción y en provisionalidad, que han sido declarados insubsistentes de sus cargos a pesar de su larga trayectoria en las entidades (Más de 10 años de servicio), que cuentan con una excelente hoja de vida, y no cuentan con sanciones disciplinarias, casos en los que el Consejo de Estado ha invertido la carga de la prueba y en consecuencia le traslada a la entidad demandada demostrar la legalidad de su acto; Este precedente es muy conocido por todos los Consejeros al momento de darle contenido a sus sentencias, pero a la hora de fallar niegan las pretensiones de la demanda indicando que no se tiene en cuenta el precedente antes anotado por lo que los actos de declaratoria de insubsistencia de un funcionario en libre nombramiento y remoción son expedidos en cumplimiento de la facultad discrecional y en aras del buen servicio.

En esta sentencia el Consejo de Estado aclara que el mismo ha sostenido que el acto por el cual el nominador retira del servicio a un funcionario es expedido en aras del buen servicio; Sin embargo si en este acto no son tenidos en cuenta los meritos, la experiencia, la preparación y el cumplimiento de las funciones, la declaratoria de insubsistencia se considera expedida sin justificación alguna. A pesar de la claridad de la sentencia podemos ver que en algunas ocasiones el Consejo de Estado al parecer al momento de fallar desconoce su propio precedente como veremos en la sentencia a continuación.

### **2.2.5. Análisis Sentencia del 19 de Agosto de 2010. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero<sup>40</sup>**

En el caso particular que veremos a continuación, el consejero ponente había proferido un fallo en un caso similar, aplicando el precedente, pero sin argumentos y sin desconocerlo decide realizar un cambio en el precedente, tergiversándolo.

*“tratándose de decisiones discrecionales como la acusada , no generan por si solas fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador, mucho menos constituyen plena prueba de la desviación de poder , pues ha sido criterio de la corporación que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por si solos a su titular prerrogativas de permanencia en el mismo , pues lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario.*

*Finalmente, es del caso acotar que es cierto que la jurisprudencia de esta Corporación ha prohijado el criterio de que la experiencia, trayectoria y excelente hoja de vida pueden constituir indicios a favor de la demanda, a pesar de que no se erijan como plena prueba; en ese sentido, se ha dado relevancia a estos aspectos siempre que de las circunstancias de modo, tiempo y probatorias se acredite que no se persiguió el buen servicio con el retiro de la persona.”*

En esta sentencia el Consejo de Estado dice citar su precedente para resolver el caso concreto, pero encontramos que aunque lo cita, pues invoca la sentencia del 18 de mayo de 2000<sup>41</sup> la aplica indebidamente y

---

<sup>40</sup> Sentencia del 19 de Agosto de 2010. Radicación No. 76001-23-31-000-2002-01147-02(2622-07). Sección Segunda Sub-sección A. Consejo de Estado. Actor: Jairo Trujillo Otalvaro. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>41</sup> Sentencia del 18 de Mayo de 2000. Radicación número: 2459-99 Sección Segunda Sub-sección B. Consejo de Estado. Actor: Doris Isabel Ceballos Mendoza. Consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado.

tergiversa su contenido. Para precisar este aspecto vemos que en efecto el Consejo de estado para revocar la sentencia de primera instancia indicó:

“Finalmente es del caso acotar que es cierto que la jurisprudencia de esta corporación ha prohijado el criterio de que la experiencia, trayectoria y excelente hoja de vida pueden constituir indicios a favor de la demandada , a pesar de que no se erijan como plena prueba; en ese sentido, se ha dado relevancia a esos aspectos siempre que de las circunstancias de modo , tiempo y probatorias se acredite que no se persiguió el buen servicio con el retiro de la persona.<sup>42</sup>

Por lo anterior podemos concluir que se hace un uso indebido del precedente al indicar que “la experiencia, trayectoria y excelente hoja de vida pueden constituir indicios a favor de la demandada, a pesar de que no se erijan como plena prueba”, e invoca para sustentarlo la sentencia arriba comentada.

Sin embargo, de la lectura de la sentencia que se viene comentando, y que se invoca como precedente judicial, se concluye todo lo contrario. Obsérvese que claramente expresa que la hoja de vida puede constituir un indicio a favor de la demandada a pesar que no se erija como plena prueba, lo que se constituye como una desviación de poder. La sentencia textualmente señala:

*“Sin embargo en asuntos como el presente la hoja de vida de la actora es prueba suficiente para demostrar que el nominador con la expedición del acto acusado desbordó la proporcionalidad del ejercicio de la facultad discrecional que le confiere la ley, pues los*

---

<sup>42</sup> Sentencia del 18 de Mayo de 2000. Radicación No: 2459-99 Sección Segunda Sub-sección B. Consejo de Estado. Actor: Doris Isabel Ceballos Mendoza. Consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado.

méritos personales de la servidora derivados de su experiencia en los distintos cargos que desempeñó, su preparación académica, el cumplimiento de las responsabilidades a ella encomendadas, con ausencia de antecedentes disciplinarios, garantizaban la prestación del adecuado servicio público a que la sociedad aspira. Estas circunstancias por sí solas demuestran que la expedición del acto de insubsistencia sin ninguna justificación, desconoce la previsión del artículo 36 del C.C.A., antes anotada”.

De lo anterior, podemos ver que el Consejo de Estado, al parecer, al momento de fallar desconoce su propio precedente y muchas veces se podría decir que lo tergiversa para fallar de una manera subjetiva, con lo que causa una flagrante violación al derecho a la igualdad, a la seguridad jurídica, a la confianza legítima y a la buena fe de los actores, que ha hecho que las personas acudan a la tutela como mecanismo transitorio para proteger sus derechos:

En sentencia del 18 de Mayo de 2000 ya se analiza esta situación que resulta un poco extraña toda vez que el órgano de cierre que es el Consejo de Estado no desconoce su precedente pero no lo aplica en muchos de sus fallos como se ha podido evidenciar en la sentencia anteriormente citada, en la cual el mismo Consejero, 8 meses después, sin fundamento alguno decide apartarse del precedente.

En consonancia con lo anterior, se puede ver la Sentencia 7 de septiembre de 2009, del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle.<sup>43</sup>

En este caso se trata de una funcionaria declarada insubsistente, que laboro por mas de 34 años en cargos directivos de la CVC, que obtuvo reconocimientos en la entidad, y ninguna investigación disciplinaria. En

---

<sup>43</sup> Sentencia 7 de septiembre de 2009. Rad: 2007-0331. Tribunal Contencioso Administrativo del Valle. Demandante: José Antonio Sierra contra la CVC. Magistrada Ponente Dra. Bertha Lucia González Zúñiga.



primera medida en esta sentencia se hace un análisis de la sentencia hito sobre este tema como lo es la Sentencia del 18 de mayo de 2000<sup>44</sup>

*Al respecto la magistrada expresa lo siguiente:*

*“El acto administrativo discrecional de insubsistencia de un funcionario que no tiene derechos de carrera, no puede entenderse como un “acto arbitrario”.*

*(...) ahora bien, para que la desviación de poder pueda entenderse acreditada como vicio del acto administrativo de desvinculación, de un empleado que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción, debe soportarse en pruebas pertinentes y suficientes, con la contundencia necesaria, para que no quede duda de que la motivación del acto fue diferente al buen servicio, o que el cambio de empleado generó o generará-con certeza-, una desmejora del servicio público. Solo así se puede aceptar que ocurrió una desviación de poder del nominador.”*

Para fallar en esta sentencia la magistrada, debió establecer el análisis probatorio de la hoja de vida, lo que permite determinar la idoneidad del funcionario para el cargo. En caso contrario se infiere, que su declaratoria de insubsistencia se debió a motivos ajenos al servicio.

Es importante destacar del análisis de la sentencia anterior, pues el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle consideró importante las decisiones del Consejo de Estado en lo que tiene que ver con el análisis probatorio de la hoja de vida y que permite determinar la idoneidad del funcionario, como vemos en la sentencia del 18 de Mayo de 2000.

---

<sup>44</sup> Sentencia del 18 de Mayo de 2000. Radicación No: 2459-99 Sección Segunda Sub-sección B. Consejo de Estado. Actor: Doris Isabel Ceballos Mendoza. Consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado.

Para concluir, podemos determinar la importancia que tiene para el Consejo de Estado que sean tenidos en cuenta los meritos, la experiencia, la preparación y el cumplimiento de las funciones para no expedir la declaratoria de insubsistencia sin justificación alguna. El Consejo de Estado aclara que en el ejercicio de la facultad discrecional no se puede extralimitar la proporcionalidad y razonabilidad en el acto de remoción del cargo a un funcionario y que el administrador debe aportar las pruebas pertinentes, suficientes y contundentes para que no quede duda alguna de que la motivación del acto se persiguió el buen servicio.

A continuación veremos una tabla comparativa del precedente jurisprudencial, en donde se muestra como ha sido el comportamiento de los fallos del Consejo de Estado, en los que se plantea el problema jurídico.

**Tabla 2. Análisis del precedente jurisprudencial. Como ha sido el comportamiento de los fallos del Consejo de Estado en los que se plantea el problema jurídico.**

¿Puede declararse la insubsistencia de un funcionario en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción por medio de acto administrativo sin motivación alguna?		
Se debe explicar por parte de la administración pública que con el ejercicio de la	<p><b>Sentencia del 18 de mayo de 2000. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub-sección "B" Consejero Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado.</b></p> <p>Es obligación de la entidad demandada demostrar la causal que justifica el retiro del servicio. La Sala reitera el principio según el cual, corresponde a quien pretende la invalidez de los actos administrativos la carga de la prueba encaminada a tal fin.</p>	El acto administrativo discrecional de insubsistencia de un
	<p><b>Sentencia del 22 de junio de 2000 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub-sección "B", Consejero ponente: Carlos A. Orjuela Góngora.</b></p> <p>El nominador, a pesar de que goza de un margen discrecional razonable en la escogencia frente a los empleados de libre nombramiento y remoción, no puede removerlos o nombrarlos de</p>	

<p>facultad discrecional se pretendía mejorar el servicio, por lo que la carga de la prueba se invierte</p>	<p>manera caprichosa o arbitraria. Las razones deben ser objetivas, sólidas y explícitas</p>	<p>funcionario de libre nombramiento y remoción o en provisionalidad no debe ser motivado por parte de la administración</p>
	<p><b>Sentencia del 26 de junio de 2001, Consejo de Estado. Sección Segunda, Sub-sección "A" Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda.</b></p> <p>Se declarada la nulidad del acto administrativo por el cual el presidente de la República ordenó suprimir los cargos de la planta de Personal del Comisionado Nacional para la Policía.</p>	
	<p><b>Sentencia del 7 de junio 2001, Consejo de Estado Sección Segunda Sub-sección "A", Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda.</b></p> <p>El administrador no incurre en desviación de poder al no incorporar a un funcionario cuando la supresión del cargo es el acto administrativo.</p>	

Tabla 2. (Continuación)

<p>¿Puede declararse la insubsistencia de un funcionario en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción por medio de acto administrativo sin motivación alguna?</p>		
<p>Se debe explicar por parte de la administración pública que con el ejercicio de la</p>	<p><b>Sentencia del 30 de enero de 2003. Sección Segunda Sub-sección "A" Consejero Ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié.</b></p> <p>En desarrollo del principio de publicidad de las actuaciones administrativas la Administración está obligada a dar a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones señaladas en la ley de acuerdo al acto administrativo de que se trate.</p>	<p>El acto administrativo discrecional de insubsistencia de un funcionario de libre</p>
	<p><b>Sentencia del 29 de mayo de 2003. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub-sección "B". Consejero Ponente: Jesús María Lemos.</b></p> <p>La administración está obligada a dar a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones señaladas en la ley, Sin embargo</p>	

<p>facultad discrecional se pretendía mejorar el servicio, por lo que la carga de la prueba se invierte</p>	<p>La ley no exige poner el expediente a disposición del disciplinado, sin perjuicio de su derecho a la información.</p>	<p>nombramiento y remoción o en provisionalidad no debe ser motivado por parte de la administración.</p>
	<p><b>Sentencia del 27 de marzo de 2003, Sección segunda, Sub-sección "B" Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante.</b></p> <p>Se ordena el reintegro de un funcionario, pues se rompió la congruencia entre los elementos de moralidad, disciplina y eficacia y la situación fáctica contenida en la hoja de vida del demandante: Hoja de vida que fue considerada modelo de virtudes policiales.</p>	
	<p><b>Sentencia del 8 de julio de 2004, Consejo de Estado, Sección Segunda Sub-sección "B" Consejero ponente: Alberto Arango Mantilla.</b></p> <p>No basta que la entidad se base en la facultad discrecional y en necesidades del mejor servicio para desvincular un funcionario. Debe justificar que tal desvinculación proponía mejorar el servicio para no caer en extralimitación.</p>	

Tabla 2. (Continuación)

<p>¿Puede declararse la insubsistencia de un funcionario en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción por medio de acto administrativo sin motivación alguna?</p>		
<p>Se debe explicar por parte de la administración pública</p>	<p><b>Sentencia del 29 septiembre de 2005 del Consejo de Estado, Sección Segunda - Sub sección "A", Consejero ponente: Dr. Jaime moreno García.</b></p> <p>El buen desempeño de los funcionarios públicos no es circunstancia que genere fuero de estabilidad, ni es obstáculo para que la administración pueda prescindir de los servicios de los empleados. El procedimiento disciplinario no inhibe al nominador para ejercer la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción.</p>	<p>El acto administrativo discrecional de</p>
	<p><b>Sentencia del 1 de Marzo de 2007, Consejo de Estado, Sección Segunda. Sub-sección "A" Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla.</b></p> <p>En aras del buen servicio, el retiro</p>	

<p>que con el ejercicio de la facultad discrecional se pretendía mejorar el servicio, por lo que la carga de la prueba se invierte</p>	<p>por voluntad del Administrador es una facultad discrecional que no requiere explicar los propósitos que animan el acto que lo materializa,</p>	<p>insubsistencia de un funcionario de libre nombramiento y remoción o en provisionalidad no debe ser motivado por parte de la administración</p>
	<p><b>Sentencia del 21 de febrero de 2008. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub-sección "B", Consejero ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez.</b></p> <p>La falta de anotación en la hoja de vida de los motivos que dieron origen a la desvinculación del funcionario quebrantan el ordenamiento jurídico vigente e impactan negativamente el acto administrativo demandado</p>	
	<p><b>Sentencia del 28 de enero de 2010 del Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub-sección "A" Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero</b></p> <p>Los actos de insubsistencia proferidos por el nominador, no deben desconocer que la experiencia, trayectoria y una excelente hoja de vida pueden constituir indicios a favor del demandado, a pesar de que no se erijan como plena prueba.</p>	

Tabla 2. (Continuación)

<p>¿Puede declararse la insubsistencia de un funcionario en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción por medio de acto administrativo sin motivación alguna?</p>		
<p>Se debe explicar por parte de la administración pública que con el ejercicio de la facultad discrecional se pretendía mejorar el servicio, por lo que la carga de la prueba se invierte</p>	<p><b>Sentencia del 19 de agosto de 2010. Consejero de Estado, Sección Segunda, Sub-sección "A". Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.</b></p> <p>El nominador desbordó el ejercicio de la facultad discrecional que la ley le confiere, al desconocer en el funcionario desvinculado su desempeño, los meritos adquiridos en el ejercicio de los distintos cargos, su preparación académica y el cumplimiento de las funciones encomendadas.</p>	<p>El acto administrativo discrecional de insubsistencia de un funcionario de libre nombramiento y remoción o en provisionalidad no debe ser motivado por parte de la administración.</p>

## **CONCLUSIONES**

Ha quedado demostrado que la facultad discrecional es una potestad jurídica del Estado, que permite a la autoridad administrativa, en presencia de circunstancias de hecho determinadas, adoptar una 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, pero cuando el nominador abandona los lineamientos que atañen a la finalidad del buen servicio e invade el ámbito de intereses extraños a tal cometido, puede hablarse de desviación de poder, sin embargo, esta circunstancia

debe hallarse probada en el proceso. Por ello, la idoneidad en el desempeño nunca ha constituido un factor de estabilidad, pero si un factor para ser tenido en cuenta por el administrador de justicia al momento de dictaminar un fallo dentro de un proceso jurídico.

Por otra parte, también quedo demostrado que la facultad discrecional está limitada por la constitución en aras de proteger los interés de la misma administración; y lo hace exigiendo la motivación de los actos administrativos, además se puede ver como el juez está facultado para invertir la carga de la prueba en procura de garantizar al accionante el derecho al debido proceso mediante la motivación del acto de declaratoria de insubsistencia.

De los casos analizados, podemos concluir que la posición de la Corte hasta el día de hoy es reiterada en ordenar vía tutela, la motivación de los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un funcionario, generalmente en provisionalidad; pero esto se ha hecho subsidiario a los de libre nombramiento y remoción en aras de proteger el debido proceso, con lo que se les está reconociendo cierta estabilidad, ya que su desvinculación debe darse a través de un acto motivado tan si fuera sumariamente o posteriormente a la expedición del mismo; no obstante, opera como mecanismo transitorio ya que se exige impugnar el acto de insubsistencia en la jurisdicción contencioso administrativa.

Por otra parte, del análisis jurisprudencial de las sentencias del Consejo de Estado podemos ver como **se niegan las pretensiones de las demandas con fundamento en que “el acto se presume expedido en aras del servicio”**, sin hacer un análisis de fondo, pero si deja señalado que en este tipo de casos la sola hoja de vida invierte la carga de la prueba y en consecuencia, a la entidad demandada le corresponde defender la legalidad del acto administrativo demandado, es decir que a la entidad demandada le corresponde brindar las razones por las cuales se

declaró insubsistente al actor, situación que no ocurre en la mayoría de los casos.

Se concluye, entonces, pese a que existe un precedente judicial, con lo que se vulnera el derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica del actor que promueve la demanda, se está creando una inseguridad jurídica que viola el precedente y la confianza legítima de los administrados con la administración.

Por otro lado, debe aclararse que en cumplimiento de los principios constitucionales de transparencia y publicidad, la administración debe exponer los motivos por los cuales toma las decisiones, lo que no impide que se motiven también los actos administrativos de declaratoria de insubsistencia

## **BIBLIOGRAFÍA**

Fernández Ruiz, Jorge. Programa de Derecho Mexicano de Derecho Administrativo, México: Editorial McGraw Hill. 1997.

Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. México: Porrúa. 1983.

Dromi, José Roberto. Derecho Administrativo Económico, Buenos Aires: Astrea. 2000.



Marienhoff S. Miguel, tratado Derecho Administrativo, Buenos Aires, ED Abeledo Perrot, Uta Edición. 1990.

Chamorro Bernal Francisco. "La tutela Judicial Efectiva". Editorial Bosh S.A. Barcelona. 2000.

López medida, Diego Eduardo. "el derecho de los jueces". Editorial Legis. Segunda edición. Bogotá . 2006

Manual de derecho administrativo comunitario, Centro de Estudios Ramón Areces. (CERA). 2001.

Sentencia del 3 de agosto de 2006. No.25000-23-25-000-2000-04814-01(0589-05), Sección Segunda Sub-sección "B", Consejo de Estado. 3 de agosto de 2006. Actor: Jesús Antonio Delgado. Consejero Ponente: Alejandro Ordóñez.

Sentencia de 17 de mayo 2007. Expediente 7068-05, Sección Segunda –Sub-sección "B" Consejo de Estado. Actor: Jorge Hernán Palacino Córdoba. Consejero ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez De Páez.

Sentencia del 12 de Febrero de 2004.Radicación N° 11001-03-25-0002001 00207-00 (3016-01) Sección Segunda. Consejo de Estado. Actor: Jairo Villegas Arbeláez. Consejero ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

Sentencia del 18 de Mayo de 2000. Radicación No: 2459-99 Sección Segunda Sub-sección B. Consejo de Estado. Actor: Doris Isabel Ceballos Mendoza. Consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado.

Sentencia 7 de septiembre de 2009. Rad.: 2007-0331. Tribunal Contencioso Administrativo del Valle. Demandante: José Antonio Sierra contra la CVC. Magistrada Ponente Dra. Bertha Lucia González Zúñiga

Sentencia del 27 de Marzo de 2003. Radicación número: 05001-23-25-000-1997-1223-01(2366-02) Sección Segunda Sub-sección B. Consejo

de Estado. Actor: Francisco Javier Caballero Hurtado. Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

Sentencia del 22 de Junio de 2000. Radicación número 2468/99. Sección Segunda Sub-sección B. Consejo de Estado. Actor: Pastor Baena Gutiérrez. Consejero ponente: Carlos A. Orjuela Góngora.

Sentencia del 8 de Julio de 2004. Expediente: 1276-99. Sección Segunda Sub-sección B. Consejo de Estado. Consejero ponente: Alberto Arango Mantilla.

Sentencia del 19 de Agosto de 2010. Radicación No. 76001-23-31-000-2002-01147-02(2622-07). Sección Segunda Sub-sección A. Consejo de Estado. Actor: Jairo Trujillo Otalvaro. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

Sentencia del 28 de Octubre de 1977. Consejo de Estado. Sección Segunda. Expediente No. 2032. Consejero ponente: Eustorgio Sarria.

Sentencia del 12 de marzo de 2009. Exp. 25000-23-25-000-2000-04662-01 (4125-2004) Consejo de Estado, Sección Segunda -Subsección "A" M.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero

Consejo de Estado. Sección Segunda. M.P. Dr. Silvio Escudero Castro. Exp. 15040. Gaceta Jurisprudencial No. 71 de Enero de 1999

Sentencia SU-250 de 1998. Corte Constitucional. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-982/04. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-395 de 2003. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-371 de 1999. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Artículo 1° de la Ley 443 de 1998 y 27 de la Ley 909 de 2004

Artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

C.P. arts. 40 y 122.