

MDA0004  
2015  
Ej. 1

1323935

**LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE DESVINCULACIÓN DE EMPLEADOS EN DE  
LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN COMO HERRAMIENTA PARA EVITAR LA  
VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y LA DESVIACIÓN DE PODER**

**ALFREDO MIGUEL BULA ARROYO  
SERGIO ENRIQUE RAMIREZ PAYARES**

**UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
BARRANQUILLA  
2015**

**LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE DESVINCULACIÓN DE EMPLEADOS  
EN DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN COMO HERRAMIENTA PARA  
EVITAR LA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y LA DESVIACIÓN DE  
PODER**

**PROYECTO DE GRADO  
PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**Directora:**

**MAGDA DJANON DONADO**

**Coordinadora de Maestría y Especialización  
en Derecho Administrativo**

**UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
BARRANQUILLA**

**2014**

**NOTA DE ACEPTACIÓN**

**DIRECTOR DEL PROYECTO:**

---

**COORDINADOR DE LA MAESTRÍA:**

---

**CORRECTOR DEL PROYECTO:**

---

## **DEDICATORIA**

*El presente proyecto investigativo lo dedicamos  
Principalmente a Dios que es la Luz que guía  
cada uno de nuestros pasos.  
A nuestros Hijos e Hijas y Familia  
Por ser la principal fuente de motivación  
Y apoyo en este proceso formativo.  
De ellos son los créditos de la consecución  
de éste objetivo.  
Especial agradecimiento al Doctor Alfredo  
Andrés Bula Beleño, quien con sus  
Conocimientos Investigativos fue de gran  
Apoyo para este logro tan importante de  
Nuestras vidas.*

# Contenido

## **CAPÍTULO I**

### **PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN. 7**

Planteamiento del problema.	8
Problema de investigación.	9
Objetivos.	10
Objetivo General.	10
Objetivos Específicos.	10
Justificación.	10

### **EL ACTO ADMINISTRATIVO        12**

Noción de Acto Administrativo.	13
Elementos del Acto Administrativo.	177
Clasificación legal de los Actos Administrativos.	188
Reglados y discrecionales.	19
General, particular y mixtos.	21
Expreso, tácito y presunto.	222
Simples, colegiados y complejos.	222
Presunción de legalidad.	233

### **PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA 244**

Principios constitucionales.	255
Principio de supremacía normativa de la Constitución.	255
Principio Progresividad y no Regresividad.	277
Principios del Derecho Administrativo.	277
Principio de legalidad.	277
Principio de prevalencia del interés general sobre el particular.	30
Principio de economía.	311
Principio del debido proceso.	322
Principio de publicidad.	333

**DEBER DE MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE RETIRO DE EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD 355**

Nulidad del acto administrativo por falta de motivación.	366
Los trabajadores en provisionalidad.	46
Motivación de los actos administrativos de retiro de los empleados en provisionalidad.	488
a. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre la motivación de los actos administrativos de retiro de los empleados en provisionalidad.	499
b. Jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia sobre la motivación de los actos administrativos de retiro de los empleados en provisionalidad.	522
Síntesis.	555
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>58</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>62</b>

**CAPÍTULO I**  
**PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.**

## **Planteamiento del problema.**

La motivación del acto administrativo, cualquiera que sea sus características, ha sido un requisito que permite armonizar el derecho público y sus finalidades con nuestra Constitución Política, pues sirve para declarar cual es la *ratio essendide* dicho acto y así evitar abusos por parte de quien lo dicta.

Así las cosas, algunos de los mayores enfrentamientos en esta materia se han generado en cuanto a los funcionarios del sector público y la motivación de los actos administrativos requeridos para dar por finalizado el vínculo laboral. Un caso puntual, y que será objeto de estudio en esta investigación, consiste en la motivación del acto de desvinculación de funcionarios en provisionalidad, que ocupan cargos de carrera administrativa, pues ha suscitado enormes controversias y hasta los famosos “choques de trenes” entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Por un lado, el Consejo de Estado equiparaba el nombramiento en provisionalidad a la ocupación de un cargo de libre nombramiento y remoción, y por ende consideraba que no era indispensable la motivación; por otro lado, la Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia sobre la materia, señalaba que el despido de funcionarios en provisionalidad, que ocupan cargos de carrera, requiere la motivación del acto administrativo de desvinculación por parte de la Administración, so pena de incurrir en una clara violación al debido proceso del funcionario, y en una desviación de poder por parte de la Administración, ya que el hecho de no expresar esos motivos o razones hace imposible para un funcionario en esas condiciones refutar por vía judicial los fundamentos de su retiro. Con el paso del tiempo, el Consejo de Estado ha cambiado su propia jurisprudencia al respecto, y la ha armonizado con lo expresado por la Corte Constitucional.

Sin lugar a dudas este cambio se ha convertido en una garantía para algunos de los funcionarios que se encuentran trabajando en el sector público, sin embargo, no se ha hecho extensible a quienes tienen un cargo de libre nombramiento y remoción pues entienden los altos tribunales que su condición especial no amerita tal protección. Por lo anterior, pretendemos demostrar que el tratamiento que se le debe dar a estas

personas al momento de su desvinculación debe empezar a asimilarse, al igual que a los funcionarios de carrera administrativa en provisionalidad, al de los demás empleados que tienen cierto grado de protección en lo que se refiere a las razones de su desvinculación. Lo anterior, fundamentado en que los empleos de libre nombramiento y remoción son trabajadores cuyas diferencias con los demás empleados no son tan relevantes como sus semejanzas, que dicha motivación se constituye en una garantía de los principios constitucionales que nos rigen y a fin de evitar posteriormente demandas contra el Estado.

Así, la situación que se toma como punto de partida para la presente investigación, consiste en argumentar, a la luz de la Ley, la Doctrina y los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, cómo se puede evitar la vulneración del debido proceso del empleado y la desviación de poder por parte de la Administración, con la motivación del Acto administrativo de desvinculación del empleado que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción.

### **Problema de investigación.**

Del anterior planteamiento sale el siguiente problema de investigación:

¿Origina una desviación de poder por parte de la administración, y transgrede el derecho fundamental al debido proceso de un funcionario de libre nombramiento y remoción, la expedición de un acto administrativo que declara su insubsistencia sin motivación alguna?

## **Objetivos.**

### **Objetivo General.**

Analizar si declaratoria de insubsistencia de un funcionario administrativo de libre remoción y nombramiento en un acto administrativo sin motivación se constituye en una vulneración del derecho fundamental al debido proceso y en una desviación de poder por parte de la Administración.

### **Objetivos Específicos.**

- Examinar la noción y características del acto administrativo.
- Estudiar algunos de los principios rectores que rigen las actuaciones administrativas.
- Indagar la línea jurisprudencial que estudia la falta de motivación del acto administrativo como causal de nulidad por desviación del poder.
- Investigar la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado acerca de la motivación de los actos administrativos en la desvinculación de los funcionarios en provisionalidad que ocupan cargos de carrera administrativa.

## **Justificación.**

Es innegable que el tema de la motivación de los actos administrativos, más aún, los de desvinculación de funcionarios, se han constituido en punto de encuentro, pero a la vez de enormes controversias entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, dadas sus disímiles posturas frente a un mismo tema. Adicionalmente, algunas normas que rigen la materia habían sido promulgadas antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, es decir, no tenían a consideración la calidad de Estado Social de Derecho y los principios que actualmente rigen el ordenamiento jurídico colombiano,

por lo cual ha sido tarea de los jueces y magistrados hacer interpretaciones de la norma ajustadas con los postulados constitucionales.

De igual manera, las distintas posiciones tomadas por las Altas Cortes no solo han sido de exclusivo interés jurídico sino también fiscal, en cuanto a las indemnizaciones y largos procesos judiciales que han debido ser sufragados en aras de resolver las demandas interpuestas por desvinculación de distintos tipos de funcionarios mediante actos administrativos sin motivación, con líneas jurisprudenciales dispares.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta investigación resulta pertinente y viable en la búsqueda de parámetros que sean acordes con el ordenamiento jurídico colombiano, y sirvan como orientación para la actividad de los jueces y funcionarios públicos a la hora de decidir acerca de la necesidad o no de la motivación del acto administrativo de desvinculación de un funcionario de libre nombramiento y remoción con el fin de evitar la vulneración del debido proceso del Administrado y la desviación de poder del Administrador.

**CAPITULO II**  
**EL ACTO ADMINISTRATIVO**

## **Noción de Acto Administrativo.**

Para empezar a hablar del acto administrativo, se debe entender que la jurisdicción contencioso administrativa y su desarrollo han

conducido a la conquista definitiva de una jurisdicción plenaria y efectiva para garantizar de manera completa y plena, por primera vez en la historia, los derechos y libertades de los ciudadanos frente a una Administración que había acertado a mantenerse en una inmunidad sustancial última en virtud de viejos y convencionales mitos cuidadosamente presentados como supuestamente derivados de "la naturaleza de las cosas", y que escondían, simplemente, la conveniencia práctica de los administradores y su orgullo de titulares efectivos de un verdadero poder público, frente a una ciudadanía de menor rango, a la que correspondía, sobre todo, obedecer. (García de Enterría, 2009, pp. 181-182)

Dicha conquista no es posible sino en virtud de poder diferenciar que actos están relacionados con el ejercicio de la función pública y cuales tienen son de interés del derecho privado, pues dicha jurisdicción solo podría intervenir en los primeros, los cuales se rigen por unos principios especiales que garantizan el trabajo de la administración en pro del bien general.

Por lo anterior, se hace necesario definir el acto administrativo; para Tomás de Aquino (1949) los actos administrativos son una especie del género de la ley, entendiendo ley como toda norma jurídica que consistía en una "ordenación de e la razón promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad para el bien común" (Tomas de Aquino, 1949, citado por Maqueda, 2010, p. 470). Por lo cual,

el acto administrativo participa de los cuatro elementos esenciales del género: a) es una especie de ordenación de la razón; b) ha sido promulgado; c) fue dictado por la persona que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad, y d) se ordena a desarrollar y tutelar el bien común político. (Maqueda, 2010, p. 470)

Para García Enterría y Tomás Fernández, el acto administrativo es "la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria" (García Enterría y Tomás Fernández, 2009, p. 571, citados por

Betancur, 2012, p. 13). Dicha definición a juicio de Andrés Betancur (2012, p. 13) permite que exceptuando los reglamentos, contratos y actividad material de la Administración, todas las demás actuaciones de la Administración estén sometidas al control jurisdiccional.

También está la posición de Laura Monti, para quien el acto administrativo “es toda declaración emitida por un órgano estatal (o un ente público no estatal, según algunos autores), en ejercicio de función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros” (Monti, 2003, p. 251;). La autora incorpora el término *régimen jurídico exorbitante* para definir las prerrogativas propias del derecho público con las cuales el Estado alcanza a conseguir el fin del bien común.

Para el mexicano Miguel Acosta Romero, el acto administrativo es

Una manifestación unilateral y externa de voluntad que expresa una decisión de una autoridad administrativa competente, en ejercicio de la potestad pública, crea, reconoce, modifica, transmite o extingue derechos u obligaciones, es generalmente ejecutivo y se propone satisfacer el interés general. (1979, p.18)

De lo anterior, es necesario aclarar que por ejecutivo debe entenderse que puede ser ejecutado por la administración pública sin necesidad de la intervención de los otros poderes, y por generalmente que hay algunos actos meramente declarativos y que no requieren de ejecución posterior (Acosta Romero, 1979, p. 20).

Continuando con la definición de acto administrativo se encuentra la postura de Aleksey Herrera, que considera que los actos administrativos son “manifestaciones unilaterales de la voluntad de las autoridades administrativas que producen efectos jurídicos” (2013, p. 258); adicionalmente, el autor destaca que la forma del acto administrativo, si bien se constituye en un elemento extrínseco, no es de la esencia de la noción, teniendo en cuenta que salvo los casos en los que la ley establece requisitos especiales, pueden adquirir diversas formas: circulares de servicio, actos de certificación y registro, oficios y cartas, e inclusive pueden ser de carácter verbal. (Herrera, 2013, p. 259)

En un esfuerzo de la Escuela Lara Bonilla por hacer una compilación que dé respuesta a ¿qué es un acto administrativo?, empieza por considerar que su concepto se constituye en el tema central de Derecho Administrativo Moderno, la *piedra angular*, y luego de establecer diferentes posturas concluyendo es “aquel Acto Jurídico

unilateral, expresión de la voluntad de la Administración, por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o bien, de carácter subjetivo, individual y concreto” (Consejo de Estado de Colombia, Expediente 0549, 1988, citado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2007, p. 27).

Para Cazorla Prieto, los actos administrativos “constituyen la expresión de voluntad de la Administración del Estado tendiente a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas de aquella con o frente a los particulares o entre órganos de la misma administración” (1983, p. 229)

El profesor Diego Younes considera que

Es toda declaración de voluntad unilateral, de una autoridad proferida en ejercicio de sus atribuciones y en la forma determinada por la ley o reglamento, que estatuya sobre relaciones de derecho, en consideración a determinados motivos, con el fin de producir un efecto jurídico para satisfacción de un interés administrativo y que tenga por objeto crear, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva. (Younes, 1997, p.110, citado por Bernal, 2008, p. 169)

Para Agustín Gordillo “es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata” (1998, p. X-11; 2012, p. EAA-II-22)

Otra definición muy utilizada es la propuesta por Marienhoff, que considera que el “acto administrativo es una declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal, en ejercicio de sus propias funciones administrativas, productora de un efecto jurídico” (1988, p. 260)

Para la Corte Constitucional de Colombia, el acto administrativo es la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados”. (Sentencia C-1436 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra)

Por otro lado, el Consejo de Estado de Colombia ha considerado que

constituyen conductas y abstenciones capaces de producir efectos jurídicos y en cuya realización influyen de modo directo o inmediato la voluntad o la inteligencia. Los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la Administración capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, vincular a los administrados. También por vía de doctrina se han efectuado importantes aportes orientados a puntualizar la existencia de un acto administrativo y, a distinguirlo de otro tipo de actos, como las llamadas circulares de servicio, cuyo alcance es el de instruir, orientar o coordinar a la administración, pero, jamás tienen la virtualidad de obligar, ejemplo los conceptos de los asesores jurídicos; los certificados de tiempo de servicio. No obstante, puede ocurrir, que por extralimitación de funciones, o por error de técnica administrativa, a través de un acto de servicio, trátase de una circular o de una carta de instrucción, se expidan decisiones, que son verdaderos Actos Administrativos, evento en el cual, sin duda alguna pueden ser demandables por vicios en su formación, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo. La producción de efectos en el plano externo, esto es, frente a los particulares, constituye precisamente el punto medular que perfila la existencia del acto administrativo, y que lo diferencia de los llamados actos inter-orgánicos, tal como lo enseña el profesor Cassagne. (Auto de 1 de febrero de 2001, Radicado 6375, C.P. Olga Navarrete Barrero)

Consistentemente, el mismo Alto Tribunal consideró años después que el acto administrativo es

Una i) declaración unilateral, ii) que se expida en ejercicio de la función administrativa, que lo puede ser por una autoridad estatal de cualquier de sus ramas u organismos, o incluso por entidades privadas en virtud de autorización legal, a menos que por norma especial de orden Constitucional o legal dicha declaración, no siendo expedida en ejercicio de función administrativa sea demandable en acción contencioso administrativa y iii), que ella produzca efectos jurídicos por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante. (Sentencia de 31 de marzo de 2005, Radicado 1999-02477, C.P. Rafael Ostau de Lafont Pianeta; Sentencia de 3 de marzo de 2011, Radicado 2009-00621, .P. Rafael Ostau de Lafont Pianeta)

Teniendo en cuenta las distintas posiciones expuestas, en esta investigación se toma el acto administrativo como la declaración de voluntad unilateral proveniente de la autoridad administrativa en ejercicio de sus funciones con el fin de producir efectos

jurídicos en forma inmediata, que puede ser ejecutada sin la intermediación de otra rama del poder.

### **Elementos del Acto Administrativo.**

Los elementos del acto administrativo han sido definidos de distinta manera doctrinaria y jurisprudencialmente, variando también de acuerdo a cada país. Para Gordillo (2012, p. EAA-IV-1), los elementos son la competencia, voluntad, objeto y forma, subsumiendo dentro de voluntad dos sub requisitos, causa y fin. Adicionalmente, considera que las distintas ubicaciones de los elementos no son realmente importantes puesto que su falta o falla constituirá un vicio, cualquiera que sea, y con ello acarreará las mismas consecuencias jurídicas.

La jurisprudencia colombiana, en fallo de 4 de julio de 1984, consideró que los elementos esenciales son la competencia de la autoridad administrativa, la voluntad en la expedición, el contenido, los motivos, la finalidad y la forma. Reiterado así: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-442 de 1992, M.P. Simón Rodríguez; Consejo de Estado de Colombia. Fallo de abril 6 de 2000, radicado 5373, C.P. Olga Navarrete Barrero y (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de 4 de Julio de 1984, Radicado 4261, C.P. Jacobo Pérez Escobar). Así las cosas, la competencia se refiere a que debe hacerlo alguien que actúe desempeñando una función administrativa dentro de los límites que la ley le da para su competencia; la voluntad en la expedición es la voluntad estatal que se exterioriza en una declaración expresada legalmente; el contenido se refiere a lo que contiene el acto ajustado al derecho vigente; las formalidades son los requisitos para poder dictar el acto y que entre en vigencia; y la finalidad, que es para qué fue expedido el acto, que debe estar en consonancia con la norma que le da vigencia.

En las anteriores definiciones se dejó por fuera el motivo teniendo en cuenta que en el fallo anteriormente mencionado, el Consejo de Estado asimiló los motivos a la motivación, pues aunque en principio arguyó que los motivos son “llas circunstancias de hecho o de derecho que, en cada caso, llevan a dictar el acto administrativo constituyen la causa”, posteriormente añadió que

cuando motive un acto administrativo, la motivación debe ser seria, adecuada o suficiente y además íntimamente relacionada con la decisión que por él se tome, por lo que no cumplen este requisito las fórmulas de comodín o sean aquellas susceptibles de ser aplicadas a todos los casos a pesar de sus peculiaridades.(Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de 4 de Julio de 1984, Radicado 4261, C.P. Jacobo Pérez Escobar)

Aunque lo anterior pudiese parecer confuso, y pareciese que se asimilaran motivo y motivación como lo mismo, lo que quiere decir el Consejo de Estado es que todo acto tiene motivos, pues son el “por qué” del acto (Herrera, 2012, p. 318), la causa o hecho determinante (Villegas Arbeláez, 2004, p. 554), y que adicionalmente no tienen que ser expresados siempre por cuanto se presume que legalmente existen; mientras que cuando la Constitución, la ley o por ciertas circunstancias para hacer el control de legalidad del acto administrativo, sea requerido expresar los motivos, eso constituye la motivación. Acerca de estas circunstancias, el Consejo de Estado precisó que en la jurisprudencia ha establecido algunos casos:

1. Cuando por el acto se extinga o modifique una situación jurídica ya creada
2. El acto que cambia práctica administrativa sin que se produzca modificación en el ordenamiento jurídico.
3. Si el acto está en contradicción con actuaciones o documentos que formen parte del proceso previo a su expedición
4. El acto que se expide cumpliendo ciertos factores establecidos como presupuestos del mismo en la ley.
5. Cuando el acto se expide aplicando normas de excepción o de restrictiva interpretación.
6. El acto administrativo cree situaciones perjudiciales para el administrado.

### **Clasificación legal de los Actos Administrativos.**

Existen distintas clasificaciones de los actos administrativos, ya sean las que son originadas en la doctrina o en la ley, y en esta última dependen del Estado que las cree, en este capítulo se tratarán las clasificaciones hechas por la ley colombiana.

## **Reglados y discrecionales.**

Tal como lo establece el sentido de las palabras con que se clasifican, el acto reglado es aquel que está sujeto a requisitos y formas establecidas en la ley, mientras que el discrecional está sujeto a la voluntad de la autoridad administrativa, sin descuidar cuales son las funciones de la misma, los fines buscados y no caer en prohibición alguna.

Con respecto a esta clasificación, la autora María Navarro comenta sobre el acto administrativo discrecional que

alude a aquellos casos en los que existe cierto margen de libertad necesario para el aseguramiento de una apreciación y comprensión justas en la aplicación de la norma y, por consiguiente, en el marco del respecto al principio de legalidad. (2012, p. 201)

Para complementar dicha conceptualización, se debe acudir necesariamente a lo expresado por los Altos Tribunales colombianos pues “en un Estado social de Derecho no existen potestades ilimitadas ni poderes absolutos, el ejercicio de esa facultad debe ser proporcionado y racional atendiendo los fines que se persiguen” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-189 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra), por ello,

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, es el sistema de pesos y contrapesos expuesto por Montesquieu, que impide la existencia de potestades absolutas que corrompen absolutamente. La facultad discrecional no implica el fuero de intangibilidad sobre los actos administrativos, pues ello conllevaría admitir el poder majestuoso y soberbio del Estado en una clara alusión a la administración para satisfacer caprichos individuales.

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 autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. (artículo 36 del C.C.A. anterior).

Siendo así, el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad. (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de 8 de mayo de 2003, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado; Tribunal Administrativo de Antioquia, Sentencia S10-20 de 2009, M.P. Mercedes Zuluaga Londoño; Tribunal Administrativo de Bolívar, Auto de 25 de junio de 2014, Radicado 2011-00193, M.P. Roberto Chavarro Colpas; Tribunal Administrativo de Nariño, Salvamento de Voto 060511 de 2014, M.P. Hugo Burbabo Tajumbina)(Texto en negrilla, cursiva y subrayado por fuera del texto original)

En consecuencia,

En un Estado de derecho, siempre que se actúe en ejercicio de una potestad discrecional debe como mínimo expresarse los hechos y causas que llevan a la autoridad a tomar la decisión, así como su adecuación a los fines de la norma que la consagra. Esto garantiza el respeto por el debido proceso de los destinatarios de la decisión que se adopta. Por tanto, la existencia de facultades discrecionales no necesariamente riñe con la Constitución. Sin embargo, no es admisible en un Estado de derecho que a los particulares se les impida conocer los motivos que llevaron a una entidad pública a tomar una medida particular que los afecte, toda vez que de esta manera “se hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-267 de 2012, M.P. Jorge Palacio)

Con lo anterior, se observa que la discrecionalidad no debe confundirse con arbitrariedad y que a pesar de las libertades posee sus límites para el buen

funcionamiento de la administración pública. Por otro lado, para hacer referencia al acto administrativo reglado, se usará el concepto de Dromi que explica que

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 (Dromi, 2000, p. 465, citado por Sánchez Gutiérrez, 2007, p. 349).

### **General, particular y mixtos.**

La Corte Constitucional realiza una distinción entre los actos de carácter general y particular de la siguiente manera:

Actos Administrativos de carácter general y los Actos Administrativos de carácter particular. A través de los primeros, se conocen aquellos actos administrativos en los que los supuestos normativos aparecen enunciados de manera objetiva y abstracta, y no singular y concreta, y por lo tanto versados a una pluralidad indeterminada de personas; es decir, a todas aquellas que se encuentren comprendidas en tales parámetros. Por el contrario, los segundos, son aquellos actos administrativos de contenido particular y concreto, que producen situaciones y crean efectos individualmente considerados. No obstante lo anterior, la indeterminación no se relaciona únicamente en punto del número de receptores de la decisión administrativa, sino que igualmente estos aparezcan individualizados. En otras palabras, "puede existir un acto general referido, en la práctica, sólo a algunas pocas personas o a ninguna y viceversa, un acto individual referido a muchas personas concretamente identificadas. (Sentencia C-620 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería)

Dicha distinción es una de las más importantes porque de acuerdo con lo establecido por el Código Contencioso Administrativo contra los actos administrativos de carácter general solo cabe la acción de simple nulidad con la cual se busca dejar el acto sin efectos, la cual no tiene tiempo de caducidad, mientras que contra los actos administrativos de carácter particular cabe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para dejar el acto sin efectos y obtener una indemnización, que tiene un término de caducidad de 4 meses.

La otra clasificación, el acto administrativo mixto, es aquel que contiene una decisión que produce efectos particulares y generales, contra el cual proceden las acciones anteriormente descritas, y será a elección del demandante establecer que es lo que busca y en qué momento fue notificado de dicho acto para elegir la acción pertinente (Consejo de Estado de Colombia, Fallo de 28 de octubre de 1999, Radicado 3443, C.P. Juan Polo Figueroa; Consejo de Estado de Colombia, Fallo de 12 de agosto de 1999, Radicado 5500, C.P. Juan Polo Figueroa).

### **Expreso, tácito y presunto.**

Los profesores José Moreno Molina, Marcos Masso y Francisco Pleite, con respecto a esta categoría, consideran que

los actos expresos son los que se manifiestan al exterior de manera clara e indultada, generalmente por escrito, actos presuntos son los que no se manifiestan, porque en realidad no han sido adoptados, pero la ley estima que ha de entenderse a todos los efectos que existen un acto de determinado contenido, son los actos que se obtienen por el silencio o inactividad de la administración, mientras que los tácitos son aquellos actos que no estando formalizados por escrito son expresos, manifestándose al exterior a través de ciertas actuaciones que evidencian que se ha adoptado el acto. (2006, p. 201)

La importancia de esta clasificación radica en el momento para interponer los recursos respectivos contra dichos actos porque mientras el expreso y el tácito se siguen por las reglas ordinarias de notificación, los tácitos no, pues la ley permite que mientras sea tácito, el interesado pueda interponer el recurso que requiera en cualquier momento.

### **Simples, colegiados y complejos.**

El acto administrativo simple es el que requiere de la manifestación de una voluntad, sin procedimientos especiales; el colegiado es el que es manifestado por un solo órgano de la administración que está conformado por varios miembros; y el

complejo requiere procedimientos especiales y el concurso de voluntades de diversos órganos de la administración (Fraga, 2000, p. 230).

### **Presunción de legalidad<sup>1</sup>.**

Es uno de los atributos del acto administrativo, sustentado en el principio de legalidad (Güechá, 2011, p. 227) que consiste en la suposición que se realiza acerca de que todo acto administrativo emitido por un funcionario público está de acuerdo con el ordenamiento jurídico, por lo cual se presume válido (Dromi, 1987, 136-137), fundamentándose así su carácter de decisión o resolutorio y por el cual es ejecutable sin mediar algún otro requisito (Bermúdez Soto, 2010, p. 106).

Para el Consejo de Estado, esta presunción permite que todos los actos administrativos estén dotados de plena eficacia y obligatoriedad, pues dichas declaraciones de voluntad son conformes al ordenamiento jurídico superior, resaltando además que es una presunción legal o *iuris tantum* y no *iuris et de iure*, por lo cual puede ser desvirtuada ante el juez competente, el cual puede suspenderlo o declararlo nulo dependiendo de las circunstancias (Consejo de Estado de Colombia, Fallo de 3 de septiembre de 2007, Radicado 05001-23-31-000-1995-00424-01(16503), C.P. Ruth Correa Palacio). Algunos tratadistas la entienden como un principio, sin embargo se comparte la posición de Doménech Pascual (2010), pues este no puede entenderse como un mandato de optimización o un valor material básico del ordenamiento jurídico, así que resulta más apropiado considerarlo una regla (1032-1033).

**CAPITULO III**  
**PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**

## **Principios constitucionales.**

Los principios, según Robert Alexy, Véase sobre el tema: Alexy, R. (1993). *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario (2008, p. 67-68). Son distintos de las reglas, entre otras cosas, porque cuando entran en colisión es necesario que uno ceda ante el otro sin que alguno de los dos pierda validez, sino su precedencia en determinado caso (2008, p. 70-71).

Asimismo, los principios terminan revelando al juez un nuevo papel a la hora de interpretar y aplicar el derecho, situación prevista por la Corte Constitucional desde sus primeras sentencias, donde señala que

Una de las características más relevantes del Estado social de derecho consiste en la importancia que adquiere el juez en sus relaciones con el legislador y con la administración. Buena parte de ella se deriva del nuevo papel que juegan los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta. (Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón)

Con lo anterior, queda claro que los principios, con un alto contenido axiológico y político (Blanco Zúñiga, 2002, p. 252), son imprescindibles en el derecho colombiano pues de acuerdo con el constitucionalismo vigente sirven para limitar el ejercicio del poder, determinando la validez de las demás normas del ordenamiento jurídico. (Estrada, 2010, p. 170)

A continuación, se analizarán algunos de los principios que representan mayor interés en esta investigación:

### **Principio de supremacía normativa de la Constitución.**

La supremacía normativa de la Constitución, pilar de los Estados Sociales y Constitucionales de Derecho, fundamentada en su artículo 4 que reza “la Constitución

es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

Probablemente el caso más famoso al respecto ocurrió en 1803 en Estados Unidos, *Marbury vs. Madison*, Sobre el tema puede verse: Carbonell (2006). *Marbury versus Madison* en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de la constitucionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 5, pp. 289-300; Carbonell (2008). *¿El tercero ausente? Ensayos sobre el poder judicial*. Porrúa: México.

donde la Corte Suprema de Estados Unidos estableció, sin dejar lugar a dudas, que la Constitución prevalece sobre las demás normas y que el Poder Judicial está obligado a asumir el control de la misma (Monroy Cabra, 2006, p. 175).

Autores como Marcos Del Rosario Rodríguez han considerado al respecto que La Constitución es suprema por los valores y principios fundamentales que alberga, por esta razón es que debe contener una fuerza normativa lo suficientemente eficaz que permita el funcionamiento estructural del sistema jurídico y, de esta manera, no existan elementos que se antepongan a ella. (2010, p.102)

Dicho principio no ha sido ajeno a la jurisprudencia constitucional, donde el Tribunal Constitucional se ha pronunciado

*La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos -Congreso, Ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como ley superior precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes”, norma normarum. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-415 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo)*

Así las cosas, en un Estado como el colombiano no es posible pretermitir el papel fundamental que representa la Constitución como fuente del derecho que encabeza jerárquicamente el ordenamiento, por lo cual a la hora de aplicar cualquier norma este principio debe ser tenido en cuenta.

## **Principio Progresividad y no Regresividad.**

El principio de progresividad se encuentra consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 2.1., que dice:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. (1966, Asamblea General de la ONU)

Dicho pacto se encuentra incorporado en el derecho colombiano a través del bloque de constitucionalidad. Sobre el tema véase: Nogueira (2009). Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericana. *Estudios Constitucionales*, 7, 2, pp. 143-205. y establece dos obligaciones muy importantes que consisten en que “el Estado se encuentra obligado a aumentar progresivamente la satisfacción de los derechos sociales y tiene prohibido, al menos en principio, retroceder en los avances obtenidos” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-556 de 2009, M.P. Nilson Pinilla).

A tenor de lo anterior, en cuanto a los derechos sociales, económicos y culturales, el Estado debe aumentar su capacidad de garantizarlos y protegerlos con el paso del tiempo, sin poder hacer retroceso alguno sin justa causa. La jurisprudencia de la Corte ha establecido unas reglas para legitimar el retroceso en ciertos casos especiales, para ello obsérvese: Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia C-228 de 2011, M.P. Juan Henao Pérez.

, por lo cual este principio es siempre rector de la actividad legislativa y la aplicación del derecho.

## **Principios del Derecho Administrativo.**

### **Principio de legalidad.**

En virtud del principio de legalidad, todas las autoridades se encuentran sometidas al imperio de la ley y la justicia. Sobre el tema dentro de los Estados de

Derecho puede verse: Díaz (2011). Estado de derecho y sociedad democrática. España: PenguinRandomHouse. (Gordillo, 2012, PARA-II-1), por lo cual es considerado el pilar fundamental del derecho administrativo, que puede ser visto desde varias acepciones:

por una parte, podemos analizarlo desde la perspectiva jerárquica, en virtud de la cual, las decisiones administrativas se ubican en la base, y quedan sometidas, en cuanto a su contenido, a las disposiciones que integran las estructuras superiores (ley y Constitución); por otra parte, debido al carácter sistemático del ordenamiento jurídico, las normas ubicadas en la parte superior no solo definen los alcances del ordenamiento inferior sino que las autorizan. (Herrera, 2012, p. 429)

Sobre el tema la Corte Constitucional ha establecido un largo precedente, pues tal sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y la ley, también conlleva el precedente establecido por las Altas Cortes pues de lo contrario se desconocería que estamos en un Estado Social y Constitucional de Derecho, al igual que distintas normas constitucionales como el artículo 2, 4, 6, 13, 121, 123, 29, 209, 230 y 241 (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-539 de 2011, M.P. Luis Vargas Silva). En consecuencia, la Corte trazó una serie de reglas al respecto:

- (i) todas las autoridades públicas administrativas se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y la ley, por expreso mandato constitucional, lo cual implica el necesario acatamiento del precedente judicial emanado de las Altas Cortes;
- (ii) el entendimiento del *imperio de la ley*, a la que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales, debe entenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales;
- (iii) todas las autoridades administrativas se encuentran obligadas a interpretar y aplicar las normas a los casos concretos de conformidad con la Constitución y la ley;
- (iv) todas las autoridades administrativas deben aplicar las normas legales en acatamiento del precedente judicial de las Altas Cortes o fundamentos jurídicos aplicados en casos análogos o similares, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución, norma de normas, y punto de partida de toda aplicación de enunciados jurídicos a casos concretos;
- (v) el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta (a) en el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia

administrativa –art. 29, 121 y 122 Superiores-; (b) en el hecho que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (c) en que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (d) en que el desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 C.P.); y (e) en que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley –art. 13 C.P.; (vi) si existe por tanto una interpretación judicial vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto similar o análogo dicha interpretación; ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces;

(vii) aún en aquellos asuntos o materias que eventualmente no hayan sido interpretados y definidos previamente por la jurisprudencia, o respecto de los cuales existan criterios jurisprudenciales disímiles, las autoridades administrativas no gozan de un margen de apreciación absoluto, por cuanto se encuentran obligados a interpretar y aplicar las normas al caso en concreto de manera acorde y ajustada a la Constitución y a la ley, y ello de conformidad con el precedente judicial existente de las altas Cortes;

(viii) en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde, prioritariamente, al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia;

(ix) en caso de existencia de diversos criterios jurisprudenciales sobre una misma materia, corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales aplicables para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, y optar por la decisión que, de mejor manera interprete el imperio de la Constitución y de la ley, para el caso concreto;

(x) los fallos de la Corte Constitucional tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, en su parte resolutive (*erga omnes* en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e *inter partes* para los fallos de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la *ratio decidendi* tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas;

(xi) el desconocimiento del precedente judicial de las Altas Cortes por parte de las autoridades administrativas, especialmente de la jurisprudencia constitucional, implica la afectación de derechos fundamentales, y por tanto una vulneración directa de la Constitución o de la ley, de manera que puede dar lugar a (i) responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria por parte de las autoridades administrativas, (ii) la interposición de acciones judiciales, entre ellas de la acción de tutela contra actuaciones administrativas o providencias judiciales. (Sentencia C-539 de 2011, Luis Vargas Silva)

Por lo anterior, el desconocimiento de este principio implica un retroceso que el Estado de Derecho no se puede permitir pues permitiría la arbitrariedad como conducta operativa de la administración.

### **Principio de prevalencia del interés general sobre el particular.**

Una de las mayores conquistas derecho administrativo moderno donde quien gobierna lo debe hacer en favor de los gobernados, se encuentra consagrado en el artículo 1 de nuestra Carta Magna:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Dentro del mismo marco constitucional, más precisamente el artículo 209, se consagra que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales”. También se encuentra reafirmado en la ley 489 de 1998, que señala en su artículo 3 parágrafo 4:

Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.

No obstante lo anterior, este principio de derecho no puede desconocer la máxima de Kant en que dice que *el hombre es un fin en sí mismo*, en consecuencia,

La norma que establece la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio de interés de todos. Aquí, en esta imposibilidad, radica justamente uno de los grandes avances de la democracia y de la filosofía política occidental en contra del absolutismo y del utilitarismo. El individuo es un fin en sí mismo; el progreso social no puede construirse sobre la base del perjuicio individual, así se trate de una minoría o incluso de un individuo. La protección de los derechos fundamentales no está sometida al vaivén del interés general; ella es una norma que encierra un valor absoluto, que no puede ser negociado o subestimado. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-546 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero)

En consecuencia, el Estado debe propender, como una de las razones de su existencia, por garantizar el interés general sobre el particular, sin que eso lo legitime para vulnerar los derechos fundamentales de las personas (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-545 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz).

### **Principio de economía.**

El principio de economía puede ser visto desde dos perspectivas; desde la parte procedimental es considerado por algunos autores como secundario por formar parte del principio de informalismo en favor del administrado, y consagra que el trámite debe simplificarse para el buen desenvolvimiento de la actividad estatal o el proceso en curso, sin que ello implique jamás una desmejora de los derechos de los particulares al debido proceso o la defensa (Gordillo, 2012, p. PRA-II-14).

Otra óptica es la que se observa en la ejecución de la función pública, que consiste en

La maximización de los resultados o beneficios sociales con la menor cantidad de recursos y en el menor tiempo posible es lo que comprende el principio de *economía*. Se sabe que no siempre la utilización de más recursos de los estrictamente necesarios implica una vulneración a este dogma pues en ciertos casos el beneficio social se encuentra justamente en el empleo de tales recursos. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 15 de mayo de 2008, Proceso 29206, M.P. Yesid Ramírez Bastidas)

De este modo se puede concluir que el principio de economía no solo pretende que los trámites que se realicen ante o con la administración sean lo más corto

posibles, sin vulnerar otros derechos que tienen los particulares, sino que también es importante en la medida en que se vuelve en fundamento del actuar público que debe siempre buscar obtener los mejores resultados salvaguardando los recursos disponibles.

### **Principio del debido proceso.**

El debido proceso, derecho fundamental y principio inherente al Estado de Derecho, se encuentra plasmado desde la misma Constitución de 1991, que en su artículo 29 señala:

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.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Dentro del mismo principio se encuentran consignados otros como el *non bis ídem*, el derecho de defensa y contradicción, a la exclusión de la prueba ilícita, a la aplicación de la normas más favorable y la presunción de inocencia. Ya desde 1992 la Corte Constitucional se había pronunciado al respecto señalando que el resultado de todo proceso administrativo debe ser precedido por oportunidades para que la persona pueda defenderse y aportar sus pruebas, obviamente con el seguimiento de todas las normas legales que rijan dicha actuación (Sentencia T-521 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

En consonancia con lo anterior, también se encuentra ligado al principio de legalidad debido a que se constituye en un límite al ejercicio del poder público, incluyendo así el

Jus Puniendi estatal. Algunos autores disienten acerca de que el Estado tenga un Jus Puniendi y hablan del Jus Puniendi, sobre ello, a pesar de tratarse de un libro de derecho penal, puede verse a: Zaffaroni, E.; Alagia, A.; y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal Parte General*, (2 ed.) Buenos Aires: Ediar., pues las autoridades no pueden actuar arbitrariamente sino dentro del marco normativo establecido, asegurando con ello las formas del juicio y el ejercicio de los derechos de las personas (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-980 de 2010, M.P. Gabriel Mendoza Martelo).

Así las cosas, en reiterada jurisprudencia se han señalado algunas de las garantías principales que enmarca este principio – algunas de las cuales están anotadas en la página anterior –, sin limitarlas como las únicas, señalando los derechos a:

i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1263 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-772 de 2003, M.P. Manuel Cepeda Espinosa; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-980 de 2010, M.P. Gabriel Mendoza Martelo; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-598 de 2011, M.P. Jorge Pretelt Chaljub; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-012 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-034 de 2014, M.P. María Calle Correa)

### **Principio de publicidad.**

Hace parte integral del principio al debido proceso y rige la actividad Estatal, consagrado desde la Carta Magna en su artículo 209: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios (...) imparcialidad y publicidad”.

Este principio es la contradicción del oscurantismo que existía en la época del medioevo porque

**persigue que los actos de los órganos del Estado, los fundamentos en que se sustentan y los procedimientos conforme a los cuales se adoptan sean notorios, patentes o manifiestos y no secretos, reservados, ocultos o escondidos, vale decir, que cualquier persona pueda acceder a dicha información a raíz que, en el Estado Democrático y Constitucional de Derecho, tiene que obrarse siempre con transparencia, la cual permite y promueve que las personas conozcan esos actos, sus fundamentos y los procedimientos seguidos para adoptarlos. (Fernández González, 2006, pp. 3-4)**

**Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que:**

**supone el conocimiento de los actos de los órganos y autoridades estatales, en consecuencia, implica para ellos desplegar una actividad efectiva para alcanzar dicho propósito; dado que, la certeza y seguridad jurídicas exigen que las personas puedan conocer, no sólo de la existencia y vigencia de los mandatos dictados por dichos órganos y autoridades estatales, sino, en especial, del contenido de las decisiones por ellos adoptadas, para lo cual, la publicación se instituye en presupuesto básico de su vigencia y oponibilidad, mediante los instrumentos creados con tal fin. Es más, el referido principio constituye un fin esencial del Estado social de derecho, por cuanto permite enterar a la comunidad y mantenerla informada sobre los hechos que ocurren a su alrededor, así como de los fundamentos que motivan las decisiones adoptadas por las autoridades. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-957 de 1999, MP. Álvaro Tafur Galvis)**

**Con este principio se garantiza la vigencia del debido proceso, el ejercicio de contradicción y defensa, pues permite al particular entender la justificación de la administración para actuar de una manera.**

**CAPÍTULO IV**  
**DEBER DE MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE**  
**RETIRO DE EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD**

## **Nulidad del acto administrativo por falta de motivación.**

En Colombia las causales de nulidad se encuentran taxativamente establecidas en los Artículos 135 y 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –en adelante CPACA-. La concurrencia de alguna de dichas causales en un acto administrativo deja abierta la posibilidad de que a instancia de parte se solicite mediante decisión judicial que se invalide tal acto (Berrocal, 2004, p. 323).

Las causales de nulidad expuestas en los artículos mencionados pueden considerarse “especificaciones del principio del sometimiento de la autoridad administrativa al imperio del derecho objetivo, además de faltas o fallas esenciales de los elementos del acto” (Herrera, 2012, p.430), y tienen como soporte el principio de legalidad pues

La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonía, dependen de la característica de ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que garantiza su coherencia interna. La finalidad de esta armonía explícitamente buscada, no es otra que la de establecer un orden que permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las distintas situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-037 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

Empero, existe otra causal de nulidad -“desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”- que se ha venido desarrollando como elemento del Art. 137 del CPACA. Ésta consiste en la falta de motivación del acto administrativo y, pese a no encontrarse expresamente establecida en ningún artículo del CPACA, ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial en aras de garantizar principios constitucionales.

La falta de motivación del acto administrativo tiene inicio en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia del año 1994, allí la Corte examinó el caso de un empleado público con fuero sindical que, sin previo cumplimiento de las normas que

regulan la materia, fue trasladado a otra ciudad. Dicha decisión de traslado fue tomada mediante un acto administrativo que carecía de motivación, lo que a juicio de los magistrados constituía una violación del Art. 35 del Código Contencioso Administrativo –en adelante CCA-, y del derecho del accionante a que se ejerciese un verdadero control sobre dicho acto administrativo porque “a fin de garantizar el adecuado control posterior por el juez administrativo, que debe pronunciarse sobre la justa causa invocada por la administración al adoptar la decisión” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-297 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell). Además, en considerandos posteriores la Corte deduce que “la falta de motivación del acto hace pensar que la administración no produjo el acto por razones del buen servicio administrativo” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-297 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell), y decide dar tránsito a las pretensiones del accionante temporalmente. En este caso la decisión no corresponde a una nulidad, sino a la suspensión de la ejecución del acto administrativo; no obstante, ésta constituye una de las primeras decisiones judiciales donde se resaltan la importancia de la debida motivación de los actos administrativos que la requieran y las consecuencias que acarrea ignorar tal deber.

Es en 1998 cuando la Corte Constitucional de Colombia hace un amplio análisis de la falta de motivación en los actos administrativos. A lo largo de este análisis, el Alto Tribunal reitera que la función administrativa debe estar guiada por los principios rectores establecidos en el Art. 209 de la Constitución Nacional –en adelante CN-, “los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”, y por los postulados del respeto al debido proceso y la buena fe la, consagrados en los artículos 29 y 83 de la CN respectivamente. Téngase en cuenta que algunos de estos principios se encuentran consagrados en el Art. 3 del CCA. Así mismo, Corte hace énfasis en señalar respecto a la motivación “es expresión del principio de publicidad” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-250 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado en su jurisprudencia que el deber de motivar los actos administrativos “[...] desarrolla el principio de publicidad, al consagrar la obligación de expresar los motivos que llevan a

una determinada decisión, como elemento esencial para procurar la interdicción de la arbitrariedad de la administración" (Sentencia C-054 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Es por ello que la Corte dice que la falta de motivación se desprende de la nulidad de desviación de las funciones pues,

La Constitución de 1991 dispuso al Estado como social de derecho, es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo. Es la desviación de poder que hoy contempla el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos, y que antes se deducía del artículo 66 del anterior Código, cuando se hablaba de abuso o desviación en las funciones propias del funcionario público. (Sentencia SU-250 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero)

El primero en emplear el término desviación de poder fue Aucoc, quien expuso que

hay exceso de poder cuando un agente de la Administración produciendo un acto de competencia y siguiendo las formas descritas por la Ley, usa su poder discrecional para un caso y por motivos distintos de aquellos en consideración a los cuales le fue atribuido dicho poder (1885, p. 531, citado por Martínez Useros, 1956, p. D-30)

Así las cosas, la misma doctrina francesa concretó la definición poco después diciendo que

la desviación de poder constituye pues un abuso del mandato que el administrador ha recibido. El que lo comete adopta, bajo una falsa apariencia de legalidad, decisiones que no le atañen y que están, así, incursas en una especie de incompetencia, sino (sic) por las prescripciones que imponen, sí, al menos, por el fin que persiguen. (Laferrière, 1896, p. 584, citado por la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-324 de 2009, M.P. Juan Henao Pérez)

Desde entonces, dicho vicio del acto administrativo se ha convertido en una acción de la que disponen los ciudadanos en la mayoría de Estados occidentales del

civil law para poder ajustar el ejercicio de la administración al deber ser de su naturaleza de servir para el bienestar general. De esta manera, la Corte Constitucional colombiana ha considerado que este vicio se presenta en aquellos casos en que el funcionario público, cumpliendo las formalidades de procedimiento, sin vulnerar la ley y actuando dentro de su competencia, utiliza su poder para crear un acto administrativo con un propósito distinto a los interés públicos o sociales, en general, o los precisos y concretos, que el legislador tuvo la intención de satisfacer al otorgar dicha competencia (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-456 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell).

Sin embargo, a modo de comentario, no se puede pretermitir que la desviación de poder entraña muchas dificultades probatorias debido a que es necesario desvirtuar la presunción de legalidad descubriendo las razones encubiertas por las cuales el funcionario público expidió el acto administrativo.

Tradicionalmente, la desviación de poder “se presenta cuando el acto administrativo es expedido por la autoridad con una finalidad distinta a la contenida en la Norma que le confirió la competencia [...] **teniendo en cuenta que** todo acto administrativo tiene dos finalidades que son el interés general o cumplir con el fin específico de la norma que confiere la atribución” (Herrera, 2012, p.440) (Negrilla por fuera del texto original); en esta causal

su mayor aplicabilidad y utilidad cuando se trata de actos discrecionales, toda vez que además de la competencia, los demás elementos no tienen mayor relevancia a como factor de control, ya que por una parte las formalidades a las que están sujetas son mínimas, no requieren motivación, y en cuanto a las circunstancias de tiempo, mérito, modo, lugar, etc., quienes los profieren tienen un amplio margen de maniobra [...] (Berrocal, 2004, p.332)

Con base a esta interpretación la Corte expone que la falta de motivación, como causal de nulidad, es producto de la interpretación de la causal de desviación de poder, debido a que prescindir de las motivaciones en los actos administrativos que así lo requieran sería omitir el deber de hacer público correctamente tal acto y omitir fundamentar las razones por las cuales la autoridad que lo dictó arguye el fin que

pretende concretar; con esto se garantiza los intereses de los administrados y se imponen límites a la libertad de actuación de las autoridades porque

el ordenamiento jurídico contemporáneo prevé un control jurisdiccional al acto que afecta intereses protegidos de los administrados, mediante el examen de los hechos antecedentes que hacen posible la aplicación de la norma jurídica que dota a la administración de menor o mayor grado de discrecionalidad.

Es decir, la discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta. Por lo tanto en el acto administrativo debe integrarse lo que es discrecional de lo que es regla de derecho que le rodean, para encausarlo, dirigirlo y sobre todo limitarlo. (Sentencia SU-250 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero)

No tardó mucho la Corte Constitucional de Colombia en resolver otra cuestión referente a la motivación de los actos administrativos, pues en 1999 fueron demandados los Artículos 35 y 76 del CCA debido a que el actor consideraba que transgredían los Arts. 1, 2 y 209 de la CN - en lo concierne al tema que estamos desarrollando - porque consideraba que motivar los actos administrativos solo sumariamente se constituía en una contrariedad al fin que buscaba garantizar la función administrativa. La Corte respondió a esto reiterando que la motivación constituye una garantía debido a que

si en el Estado de Derecho ningún funcionario puede actuar por fuera de la competencia que le fija con antelación el ordenamiento jurídico, ni es admisible tampoco que quien ejerce autoridad exceda los términos de las precisas funciones que le corresponden, ni que omita el cumplimiento de los deberes que en su condición de tal le han sido constitucional o legalmente asignados (arts. 122, 123, 124 y 209 C.P., entre otros), de manera tal que el servidor público responde tanto por infringir la Constitución y las leyes como por exceso o defecto en el desempeño de su actividad (art. 6 C.P.), todo lo cual significa que en sus decisiones no puede verse reflejado su capricho o su deseo sino la realización de los valores jurídicos que el sistema ha señalado con antelación, es apenas una consecuencia lógica la de que esté obligado a exponer de manera exacta cuál es el fundamento jurídico y fáctico de sus resoluciones. Estas quedan sometidas al

escrutinio posterior de los jueces, en defensa de los administrados y como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad.

Por eso, lo que en realidad consagran las normas acusadas es -contra la tesis del demandante- una obligación de motivar y de ninguna manera una autorización para abstenerse de hacerlo. (Sentencia C-371 de 1999, M.P. José Hernández Galindo)

Dentro de la misma providencia que resuelve la Corte, niega la afirmación del accionante que alegaba que la motivación sumaria resultaba en realidad insuficiente para garantizar los fines del acto administrativo, pues la calidad de sumaria en realidad una regla que limita la actuación de quienes tienen la función administrativa a obligarlos a motivar por lo menos mínimamente ciertos actos, aclara además que su brevedad no traduce en oscuridad sino en el deber de fundamentar de manera clara y completa por medio de las motivaciones la decisión (Sentencia C-371 de 1999, M.P. José Hernández Galindo). Concluyendo las consideraciones tajantemente al condenar a aquellos actos administrativos que carezcan de motivaciones también carecientes de validez

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. Y, si los hubiere, carecen de validez, según declaración que en cada evento hará la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la sanción aplicable al funcionario, precisamente en los términos de la disposición examinada.

Posteriormente, al mismo Tribunal Constitucional le correspondió el análisis de una tutela en la cual la accionante – a luces de lo que nos interesa en el desarrollo de este trabajo –, quien decía encontrarse en un cargo de carrera administrativa, fue despedida a través de un acto administrativo sin motivación alguna. La Corte se pronunció acerca de esto citando la jurisprudencia de los años 1998 y 1999, anteriormente mencionada, y examinando además la vulneración del derecho de defensa de la mujer que encontrándose trabajando en carrera fue despedida como sin

justa causa, y cómo esto conllevaba inevitablemente a una actuación que quebranta el Art. 29 de la CN que protege el debido proceso; en sus considerandos justificó que

esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en una indefensión constitucional. El art. 29 C. P. incluye entre sus garantías la protección del derecho a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio, de acuerdo con el clásico principio *audiatur et altera pars*, ya que de no ser así, se produciría la indefensión. La garantía consagrada en el art. 29 C.P., implica al respecto del esencial principio de contradicción de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis.

La idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica y engloba, en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que pueden colocarse en el marco del art. 29, por ser esta norma de carácter abierto.

Es, pues, de la esencia de las garantías de protección, la posibilidad de debatir, de lo contrario se cae en indefensión y, por ende, se restringe y viola el debido proceso en su fase de la defensa.

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

Y si ello ocurre (desvinculación sin motivación) se viola el debido proceso consagrado en el artículo 29 C.P. para 'actuaciones judiciales y administrativas', porque se coloca en indefensión a la persona afectada, ya que no puede hacer una real defensa jurídica y esto repercute en el acceso a la justicia establecido en el artículo 229 C.P. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-613 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra)

Es menester aclarar que la Corte no encontró acreditada la calidad del cargo que desempeñaba la accionante –esto es si era de libre remoción y manejo o de carrera administrativa –, y por ello decidió ordenar al emitente del acto que si el cargo era de

concurso expusiese a través de otro acto administrativo las razones que adujo para realizar el despido.

Asimismo, se encuentran providencias del Consejo de Estado de Colombia cuyos considerandos de la decisión tuvieron en cuenta la carencia de motivación de un acto administrativo y que aluden a las mismas motivaciones del tribunal constitucional teniendo en cuenta que el

principio de motivación, es de todos conocido que por regla general los actos administrativos que se expidan deberán encontrarse debidamente motivados. Ello impone que el funcionario, explique, o exponga las razones de hecho o de derecho que lo condujeron a decidir en un sentido determinado consultando el interés general, y en modo alguno el personal o particular, dado que los servidores públicos están llamados a atender y realizar los valores supremos inmersos en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la falta de motivación o la carencia de fundamento de la misma, trae como consecuencia, en algunos casos, la nulidad del acto administrativo según lo dispone el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. La motivación de los actos administrativos, no sólo satisface el requisito de legalidad en tanto que es expedido acorde con las formalidades previstas en la ley, sino que permite que los destinatarios de esas normas conozcan los fundamentos que el servidor público consideró para su expedición y que puedan ejercer el derecho de defensa, controvirtiéndolos cuando consideren que sus criterios no correspondan a la satisfacción del interés general. (Fallo de 11 de septiembre de 2003, Radicado 11001-03-28-000-2003-0016-01(3115-3116), C.P. María Hernández Pinzón)

Es importante resaltar, que si bien el aparte anterior resalta la importancia de la motivación, en el caso analizado el Consejo estimó que el acto administrativo no era de aquellos que requiere ser motivados, y por ello consideró que no tenía vicio alguno por la razón anteriormente reseñada<sup>2</sup>.

---

En una providencia posterior la misma alta corte coincide con las consideraciones del tribunal constitucional, y afirma que la motivación sumaria es sinónimo de suficiente y no de lo contrario debido a que

el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo dispone que los actos administrativos deben estar motivados al menos en forma sumaria. Lo que se busca con la motivación del acto es asegurarle al administrado que la decisión que tome la Administración obedezca a las razones de hecho y de derecho que ésta invoca, de tal forma que la motivación se hace imprescindible para dictar los actos administrativos, y expedirlos sin la misma, implica un abuso en el ejercicio de la autoridad y necesariamente responsabilidad de quien ha omitido tal deber. Si se quiere examinar otra providencia del Consejo de Estado de Colombia sobre el tema véase también la Sentencia Radicado No. 44001-23-31-000-2005-00387-01, CP. GABRIEL MENDOZA MARTELO.

Correlativamente, la motivación del acto permite al administrado rebatir u oponerse a las razones que tuvo en cuenta la autoridad para tomar su decisión.

Lo sumario de la motivación, no puede confundirse con insuficiencia o superficialidad, pues, ésta alude a la extensión del argumento y no a su falta de contenido sustancial; luego, el señalamiento de los motivos en que el acto encuentra soporte, no por sumario debe ser incompleto y, menos, inexistente.

La motivación es un requisito esencial del acto y debe basarse en hechos ciertos y demostrados al momento de la expedición del mismo, so pena de nulidad, por ausencia de uno de sus elementos esenciales. (Consejo de Estado de Colombia, Fallo de 10 de abril de 2008, Rad. 41001-23-31-000-1996-08930-01 (15204), C.P. Héctor Romero Díaz)

Por último, examinaremos otra providencia reciente en la cual la Corte Constitucional de Colombia vuelve a examinar las consecuencias que acarrearán la falta de motivación del acto administrativo, y fundamenta además lo relevante de la motivación; examina entonces el caso de unos servidores públicos vinculados en provisionalidad y retirados mediante acto administrativo carente de motivación, y

justifica que la exigencia de motivación no es producto arbitrario de la actividad legislativa sino una regulación que actúa en consecuencia con el modelo de Estado de derecho

la motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre la discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que se sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya por este sólo hecho, arbitrario, como con todo acierto concluyen las Ss. de 30 de junio de 1982 y 15 de octubre y 29 de noviembre de 1985, entre otras.

La motivación, por otra parte, es, como ha dicho la SC. de 17 de junio de 1981, “no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos”, una garantía elemental del derecho de defensa, incluida en el haz de facultades que comprende el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a obtener una resolución fundada en el Derecho (SC. De 11 de julio de 1983). (Fernández, 1994, p.84, citado por Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-917 de 2010, M.P. Jorge Palacio Palacio)

Además apunta a la jurisprudencia ya mencionada en este texto, en la cual vale la pena resaltar la alusión directa explícita a que la motivación hace parte de un gobierno ordenado democráticamente pues

la motivación de los actos administrativos guarda relación directa con las características de un gobierno democrático (arts. 1º, 123, 209 CP), en la medida en que constituye el instrumento por medio del cual las autoridades rinden cuentas respecto de las actuaciones desplegadas. Sobre el particular la Corte ha explicado que la motivación es ‘una exigencia propia de la democracia, toda vez que conforme a ésta se impone a la administración la obligación de dar cuenta a los administrados de las razones por las cuales ha obrado en determinado sentido [Art. 123 C.P. (...) Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad. Art. 209 C.P. La función administrativa está al servicio de los intereses generales (...)]’. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-917 de 2010, M.P. Jorge Palacio Palacio)

En Argentina, y por razones muy similares a las expuestas por los altos tribunales colombianos, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha coincidido en justificar que la falta de motivación de los actos administrativos conlleva a la invalidez del acto, sopesando que

la motivación de la decisión administrativa, comporta un recaudo consubstancial para la vigencia del principio republicano de gobierno, que impone a los órganos administrativos dar cuenta de sus actos (arts. 1º, Constitución de la Nación y 1º, Constitución provincial), al tiempo que evita que se afecten los derechos de impugnación de los particulares alcanzados por la resolución y se impida la revisión judicial de la legitimidad y razonabilidad de tales actos jurídica de esta infracción, al igual que la aparejada por la distorsión o inexistencia del motivo determinante aducido en el acto resolutorio, es su nulidad. Cuando el acto es infundado, malinterpreta, desvirtúa u omite los motivos determinantes comprobados o aducidos, procede, entonces, el control anulatorio de la actuación administrativa enjuiciada. (Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Sentencia 62.308 de 2003, M. V. Soria – Negri – Roncoroni – Salas – Hitters)

De Lo anterior podemos concluir que tal nulidad por falta de motivación del acto administrativo es propia de los Estados de derecho que buscan garantizar el correcto ejercicio de la actividad administrativa, y permitir a quienes por ello se puedan ver afectados un real ejercicio de defensa. No sobra añadir además que la nulidad como consecuencia que genera la invalidez del acto ofrece otra real garantía pues deja sin efectos jurídicos aquel acto viciado y resalta nuevamente la importancia de la motivación en la actualidad.

### **Los trabajadores en provisionalidad.**

Se ha establecido, a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y la del Consejo de Estado de Colombia, la importancia de la motivación de los actos administrativos, como elemento esencial del acto administrativo que permite

garantizar el cumplimiento de la función pública, de los principios que rigen la Administración Pública y de los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de tales actos. Ahora, procede –para efectos de lo que nos interesa en este escrito- abordar el tema concerniente a los trabajadores en provisionalidad y su naturaleza jurídica.

La Corte Constitucional de Colombia ha reiterado en su jurisprudencia que la provisionalidad “es una forma de proveer transitoriamente los cargos públicos cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1206 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería). Ha señalado que

se trata de un mecanismo transitorio y excepcional encaminado a resolver las necesidades del servicio, para así asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad, y evitar la paralización de las funciones públicas en tanto se llevan a cabo los procedimientos ordinarios para cubrir una vacancia.(T-656 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

También ha destacado dos características complementarias de este tipo de nombramientos:

*de un lado*, privilegia su temporalidad, a fin de impedir que los nombramientos provisionales en los cargos de carrera administrativa se prolonguen de manera indefinida y se conviertan en institución permanente, tal como lo fue en pasado cercano (...). *De otro lado*, se reconoce una estabilidad relativa en el empleo a los empleados provisionales, mientras se provee el cargo por concurso, puesto que la estabilidad laboral de un empleado que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de encontrarse en provisionalidad, de tal suerte que un empleado provisional no puede asimilarse, para efectos de su retiro del servicio, a un empleado de libre nombramiento y remoción, dado que es la naturaleza del empleo y el tipo de funciones que desempeñan sus titulares las que se aplican para diferenciar los empleos públicos. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-793 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño), Véase. Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-800 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-368 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-109 de

2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-1163 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz; C-1146 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

En ese sentido, la jurisprudencia del tribunal constitucional ha sido clara al señalar que pese a que este tipo de nombramiento se caracteriza por su temporalidad, también goza de una estabilidad laboral relativa. En efecto, el tribunal ha advertido que

la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en **provisionalidad**. La Administración sólo podría desvincularlo por motivos disciplinarios o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar. (Sentencia T-800 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), Jurisprudencia reiterada en: Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-884 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

### **Motivación de los actos administrativos de retiro de los empleados en provisionalidad.**

Tras haber señalado la importancia de la motivación de los actos administrativos, y descrito la naturaleza de la provisionalidad en el desempeño de la función pública, destacando su carácter temporal y la estabilidad laboral relativa de la que goza, resulta concerniente analizar la relevancia de la motivación de los actos administrativos a través de los cuales se retira a los trabajadores en provisionalidad. Para esto, se revisará la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre el tema y, posteriormente, la del Consejo de Estado de Colombia.

### **a. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre la motivación de los actos administrativos de retiro de los empleados en provisionalidad.**

Para empezar, debe tenerse en cuenta que, por regla general, todos los actos administrativos deben ser motivados "así sea sumariamente". Así, un acto administrativo sólo se encuentra excepto de esta obligación si existe alguna disposición legal que de manera expresa así lo señale. Los actos administrativos que desvinculan trabajadores en provisionalidad en un cargo de carrera no se encuentran cobijados por ningún tipo de excepción legal (Sentencias C-371 de 1999, M.P. José Hernández Galindo; SU-250 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-308 de 2008, M.P. Antonio Sierra Porto; T-251 de 2009, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, entre otras).

Esto se debe a que la motivación de los actos administrativos obedece a una finalidad fundamental y de carácter múltiple:

(i) como una garantía para el ejercicio del derecho de contradicción y defensa, en su calidad de componentes del debido proceso, pues permiten a los afectados de una determinada actuación, conocer los argumentos que se usaron para fundamentarla y, así, controvertirlos ya sea en sede administrativa o judicial; (ii) como un instrumento a través del cual es posible ejercer el control político y jurídico de las actuaciones administrativas, de forma que las autoridades rindan cuentas respecto de las actuaciones que han desarrollado; y (iii) como medio a través del cual se materializa el principio de publicidad, pues para su efectividad no basta con que se conozca lo resuelto, sino que también es menester que haya claridad en relación con los motivos que le dieron sustento. (T-317 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos)

En ese orden de ideas, atendiendo a los planteamientos recién señalados, la Corte ha sido enfática al establecer la nulidad del acto administrativo que desvincula a un empleado en provisionalidad como consecuencia de la falta de motivación del mismo, señalando como argumentos

el respeto por la cláusula de Estado de Derecho, en virtud de la cual los poderes públicos se encuentran sujetos al principio de legalidad y está proscrita la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados. En la Sentencia C-371 de 1999 se analizaron varias normas del Código Contencioso Administrativo, precisando que la

regla general ha de ser la motivación de los actos *“como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad”*. Señaló en esa ocasión:

*“Si en el Estado de Derecho ningún funcionario puede actuar por fuera de la competencia que le fija con antelación el ordenamiento jurídico, ni es admisible tampoco que quien ejerce autoridad exceda los términos de las precisas funciones que le corresponden, ni que omita el cumplimiento de los deberes que en su condición de tal le han sido constitucional o legalmente asignados (arts. 122, 123, 124 y 209 C.P., entre otros), de manera tal que el servidor público responde tanto por infringir la Constitución y las leyes como por exceso o defecto en el desempeño de su actividad (art. 6 C.P.), todo lo cual significa que en sus decisiones no puede verse reflejado su capricho o su deseo sino la realización de los valores jurídicos que el sistema ha señalado con antelación, es apenas una consecuencia lógica la de que esté obligado a exponer de manera exacta cuál es el fundamento jurídico y fáctico de sus resoluciones. Estas quedan sometidas al escrutinio posterior de los jueces, en defensa de los administrados y como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad”<sup>[42]</sup>.*

**4.5.5.2.** El respeto al derecho fundamental al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, ya que la motivación de los actos administrativos permite el ejercicio del derecho de contradicción y defensa, y por ende si el acto no se encuentra motivado, el particular estará impedido de ejercer las facultades que emanan de los derechos fundamentales referidos, es decir, el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada<sup>[43]</sup>.

**4.5.5.3.** El respeto al principio democrático y al principio de publicidad en el ejercicio de la función pública, ya que a la luz de éstos, la motivación configura una exigencia propia de la democracia, dado que conforme a ésta se impone a la administración la obligación de dar cuenta a los administrados de las razones por las cuales ha obrado en determinado sentido<sup>[44]</sup>.

**4.5.5.4.** No existe ley alguna o norma con fuerza material de ley en virtud de la cual se exonere a los nominadores del deber de precisar las razones por las cuales se produce el retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad, y en esa medida debe apelarse a la regla general sobre la motivación de los actos administrativos<sup>[45]</sup>.

**4.5.5.5.** Por último, el artículo 125 Superior establece que las causales de retiro de los servidores públicos son las consagradas en la Constitución Política o en la Ley, de modo que el administrado debe contar con la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad. Debe precisarse que *“las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o constitucional”*<sup>[46]</sup>, y por ende ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos configuran un sustento normativo para incumplir este mandato<sup>[47]</sup>. (T-656 de 2011, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

Es imperioso destacar que tal obligación – de motivar los actos administrativos de retiro de trabajadores en provisionalidad – no debe desconocer algunos requisitos mínimos de suficiencia material, pues como lo establece la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia,

la obligación de motivar este tipo de actos administrativos no puede ser entendida como un requisito formal que se entiende satisfecho de cualquier manera, sino que, por el contrario, esta motivación debe cumplir con ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material. En otras palabras, cuando la administración decide declarar la insubsistencia de un funcionario de carrera que ha sido nombrado en provisionalidad, debe expresar, con el sustento fáctico y probatorio correspondiente, las circunstancias particulares y concretas por las que resuelve tomar dicha determinación. De forma que queden proscritas aquellas justificaciones que de manera indefinida y abstracta se predicen de quien es desvinculado. (T-317 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos)

De ese modo, reitera la Corte Constitucional que

la obligación de motivar el acto correspondiente, tal como lo señala el Consejo de Estado de Colombia, no convierte al empleado en provisionalidad en uno de carrera y como tal tampoco le confiere un fuero de estabilidad porque efectivamente no lo tiene. Simplemente, obliga al nominador a motivar las razones por las cuales el provisional no debe seguir ejerciendo el cargo, dado que si fue nombrado para satisfacer una necesidad en la administración e impedir la interrupción del servicio, su desvinculación debe responder precisamente a que el nombramiento no satisfizo las necesidades de ésta. Es decir, la administración tiene el derecho a mejorar el servicio o impedir su interrupción y como tal tiene la potestad de desvincular a un provisional cuando éste no

se avenga a los requerimientos de ella, al tiempo que el provisional tiene el derecho a saber las razones por las cuales es desvinculado. (T-251 de 2009, M.P.Cristina Pardo Schlesinger)

### **b. Jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia sobre la motivación de los actos administrativos de retiro de los empleados en provisionalidad.**

Es claro que la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia siempre ha sido reiterada respecto al deber de motivar los actos administrativos que desvinculan a los empleados en provisionalidad. Sin embargo, no puede decirse lo mismo sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia, que ha sostenido posiciones encontradas en muchos de sus fallos.

Por un lado, el Consejo de Estado de Colombia ha señalado, en parte de su jurisprudencia, que el retiro, al igual que el nombramiento, de los empleados en provisionalidad supone una discrecionalidad que implica la ausencia de un fuero de estabilidad. En ese sentido, ha advertido que

la facultad discrecional de los empleados provisionales se impone al efectuar el nombramiento en tal carácter de provisionalidad, puesto que la transitoriedad de la designación, mientras se realiza el proceso selectivo, autoriza la administración a efectuar nombramiento provisional. Al igual su retiro, pues tal discrecionalidad es el marco rector en estas designaciones, ya que mientras el cargo clasificado como de carrera administrativa no haya sido provisto por el sistema selectivo, el empleado se encuentra en una situación precaria que no otorga fuero alguno de estabilidad, como anteriormente. (subrayado fuera del texto original) (Consejo de Estado de Colombia, Fallo de 2 de febrero de 2004, Rad. 11001-03-25-0002001 00207-00 (3016-01), C.P. Ana Margarita Olaya Forero)

Así como el alto tribunal administrativo ha destacado la ausencia de fuero de estabilidad en los empleados en provisionalidad, también ha advertido la semejanza entre los trabajadores en provisionalidad y los trabajadores de libre nombramiento y remoción, señalando que

en materia del nombramiento en provisionalidad reitera la Sala que ésta no genera fuero de estabilidad alguno, pudiendo el nominador dar por terminada la relación laboral incluso antes del vencimiento del período de la misma, porque como ya se ha señalado por esta Corporación, no es dable predicar que el empleado nombrado provisionalmente para desempeñar transitoriamente un cargo de carrera administrativa y mientras se realiza el concurso, pueda ostentar la misma condición del que se vincula a la administración previa superación rigurosa de un conjunto de etapas que ponen a prueba su idoneidad personal e intelectual para ejercer la función. No es lo mismo el nombramiento del empleado que ingresa al servicio sin preceder concurso de méritos al de aquél que se somete a las etapas que conforman el proceso selectivo.

La situación del nombrado provisionalmente se asemeja a la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque en ambos casos, el nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominador de escoger, en beneficio del servicio, a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función, y el retiro a su vez debe estar precedido de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general. (Consejo de Estado de Colombia, Fallo de 23 de septiembre de 2010, Rad. 15001-23-31-000-2001-01835-01(2114-08, C.P. Gerardo Arenas Monsalve)

Así mismo, el tribunal administrativo ha hecho referencia a los fines perseguidos por el acto administrativo de retiro de empleados en provisionalidad, los cuales se presumen en este acto administrativo, al señalar que

la búsqueda del mejoramiento del servicio y la satisfacción del bien común de la sociedad son los propósitos que siempre debe propender el nominador cuando ejerce la facultad discrecional de declarar insubsistente un nombramiento de un provisional en un cargo de carrera. En ese orden, se entiende que el ordenamiento jurídico haya establecido sobre dichos actos la presunción de legalidad y que se expiden bajo tales propósitos, siendo entonces deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, por ende, se desmejoró el buen servicio público. (Consejo de Estado de Colombia, Fallo de 26 de febrero de 2009, Rad. 680012315000200101897 01- N° interno 0058-08, C.P. Gerardo Arenas Monsalve)

En ese orden de ideas, -teniendo en cuenta que el Consejo de Estado de Colombia ha advertido la discrecionalidad en el retiro de los empleados en

provisionalidad, la ausencia de fuero de estabilidad para éstos, su semejanza con los empleados de libre nombramiento y remoción y la presunción de legalidad de los fines del acto administrativo de su retiro- éste también ha señalado de manera clara y reiterada la inexistencia del deber de motivación adecuada de los actos administrativos de retiro de trabajadores en provisionalidad,

por estas razones, la Sala estima que si bien es cierto el nombramiento provisional se ha instituido para los cargos clasificados de carrera que no hayan sido provistos por concurso y que dicho nombramiento no es forma de provisión de los cargos de libre nombramiento y remoción, sí es pertinente predicar respecto de tal modalidad de vinculación las reglas de la facultad discrecional, dada la similitud en el ingreso y el retiro que se presenta tanto para los nombramientos provisionales como para los de libre nombramiento y remoción.

En consecuencia, el retiro del servicio para los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado, lo cual encuentra sustento en el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 (...). (Consejo de Estado de Colombia, Fallo de 5 de septiembre de 2012, Rad. 25000-23-25-000-2001-09480-01(2378-08), C.P. Alfonso Vargas Rincón)

Por otro lado, el alto tribunal administrativo ha sostenido en algunos de sus fallos posiciones a favor del deber de motivar los actos administrativos de desvinculación de trabajadores en provisionalidad. En ese sentido, en 2010 señaló que

en este punto, la Sala considera necesario advertir, que sigue sosteniendo la tesis que de tiempo atrás se había determinado por la Sección en la Sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida en el Radicado interno 4972-01, Actor: María Nelssy Reyes Salcedo, Consejero Ponente Dr. Tarsicio Cáceres Toro; en el sentido de que el acto de desvinculación del funcionario provisional, no requiere de motivación alguna, conclusión a la cual llega la Sala luego de dirigir sus reflexiones al estudio histórico - normativo de la figura. Pero precisa, que esta situación, es decir, la no exigencia de motivación del acto de desvinculación del funcionario provisional, encuentra su excepción, en el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, solo cuando el nombramiento provisional se da por terminado antes de cumplirse el término, caso en el cual se requiere de resolución motivada. (Consejo de Estado de Colombia, Fallo de 4 de

agosto de 2010, Rad. 15001-23-31-000-2001-00354-01, C.P. Gustavo Gómez Aranguren)

Así mismo, en fallo posterior, el Consejo de Estado de Colombia volvió a advertir que la postura según la cual el nominador puede retirar empleados en provisionalidad mediante actos administrativos carentes de motivación fue objeto de variación,

pues otra cosa sucede con la aparición de la Ley 909 de 2004, en lo que a la provisionalidad se refiere, como quiera que estos nombramientos sólo podrán ser declarados insubsistentes antes de cumplirse el término de duración, **mediante acto administrativo motivado** (Artículo 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año).

Así entonces, aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento<sup>2</sup>, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, **lo cual no ocurre en el caso de autos**, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad. (Consejo de Estado de Colombia, Fallo de 12 de octubre de 2011, Rad. 05001-23-31-000-2005-01435-01(0451-11), C.P. Luis Vergara Quintero)

## **Síntesis.**

A modo de conclusión de este capítulo, es evidente que la posición de la Corte Constitucional difiere de la que se encuentra en la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el deber de motivar el acto administrativo que desvincula un trabajador en provisionalidad.

La Corte Constitucional reconoce que se trata de un empleo temporal que goza de un fuero relativo, y que no mantiene las mismas características que un cargo

obtenido mediante concurso ni que uno de libre nombramiento y remoción. Advierte que—en virtud de los principios del Estado Social de Derecho, el derecho al debido proceso, el derecho al acceso a la administración de justicia, el principio democrático, el principio de publicidad, la ausencia de disposición legal expresa que imponga la inexistencia del deber de motivar tal acto administrativo- el empleado en provisionalidad tiene derecho a que el acto administrativo de su retiro sea debidamente motivado.

El Consejo de Estado sostiene a lo largo de la mayor parte de su jurisprudencia que los empleados en provisionalidad se asemejan a los de libre nombramiento y remoción, que tanto su nombramiento como su retiro son discrecionales, y que no ostentan ningún tipo de fuero de estabilidad. En ese orden de ideas, considera que en términos generales, no se debe motivar los actos administrativos de desvinculación de trabajadores en provisionalidad; excepto – y esta excepción fue adicionada con el tiempo, a partir de algunos cambios jurídicos normativos – cuando el trabajador sea retirado antes de que culmine su término, caso en el cual deberá ser debidamente motivado.

No obstante lo anterior, parece claro que con la ley 909 de 2004 que clasifica en su artículo 5 los empleos públicos, sin importar si un cargo se desempeña en provisionalidad o no, y más adelante en su artículo 41 parágrafo 2 añade que el retiro de dichos empleados debe ser motivado, el precedente de la Corte Constitucional es el más adecuado para determinar que los empleados en provisionalidad, sin importar desde cuándo se encuentran desempeñando el cargo, deben ser retirados por acto administrativo motivado para evitar vulnerar los derechos que tiene, actuando en coherencia con lo previsto también por la Corte Constitucional a lo largo de su precedente reciente y, muy importa, la sentencia de unificación 917 de 2010.

A nuestro parecer, desatender lo anterior por parte de los funcionarios públicos e incluso por los jueces de cualquier instancia implica un gasto extraordinario e injustificado a pagar por la administración, debido a que las demandas de los afectados por haber sido retirados del cargo sin que el acto administrativo que lo hace haya sido motivado por estar trabajando en provisionalidad tienen aptitud para prosperar en vista

de lo expuesto, procesos que con la tardanza de nuestro sistema judicial terminarían más costos por el paso del tiempo y el gasto de tiempo de los trabajadores judiciales.

## **CONCLUSIONES**

Para iniciar las conclusiones se empezará determinando que el acto administrativo, como ya se dijo, es la declaración de voluntad unilateral realizada por la autoridad administrativa en el ejercicio de las funciones previstas por la autoridad y competencias establecidas por la ley y la Constitución, en aras de producir efectos jurídicos en forma inmediata, que puede ser ejecutada sin la intermediación de otra rama del poder, cuyos elementos son la autoridad administrativa, la voluntad en la expedición, el contenido, los motivos, la finalidad y la forma. Dicha función administrativa debe estar regida por la Constitución y la ley, teniendo en cuenta unos principios básicos tales como la supremacía de la Constitución, legalidad, debido proceso, entre otros.

Los funcionarios públicos que entraron bajo libre remoción y nombramiento son nombrados y retirados por actos administrativos expresos, particulares y discrecionales. Aquí se hace necesario precisar que un acto administrativo discrecional no es un acto administrativo caprichoso y sin fundamento, todo lo contrario, contiene los mismos elementos de todos los demás actos administrativos y está sujeto a los principios del derecho administrativo, la ley y la Constitución.

Entonces resulta necesario tener en cuenta lo prescrito por el artículo 26 del decreto ley 2400 de 1968 y el artículo 41 parágrafo 2 de la ley 909 de 2004 que prescriben que los actos administrativos por los cuales se declara insubsistente un funcionario de libre nombramiento y remoción no deben ser motivados. Situación con que concordó la Corte Constitucional:

Ahora bien, no existe una ley en virtud de la cual se asimilen los cargos de provisionalidad a los cargos de libre nombramiento y remoción, y por ello no hay lugar a una interpretación analógica en esta dirección. En consecuencia, el nominador no puede desvincular a quien desempeña un cargo en provisionalidad con igual discrecionalidad con la que puede hacerlo para los cargos de libre nombramiento y

remoción, es decir, sin cumplir el deber de motivar sus actos. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-656 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

En vista de lo anterior, resulta lógico aseverar que no es necesario motivar el acto administrativo que declara la insubsistencia de un funcionario de libre nombramiento y remoción, sin embargo, dicha posición no parece completamente coherente con algunos principios constitucionales como el de progresividad y no regresividad debido a dos circunstancias:

1. Desde 1964 se había establecido una estabilidad laboral muy pobre para estos funcionarios, desde entonces ya han pasado 50 años.

2. En 2004 el legislador tuvo la oportunidad de mejorar la estabilidad laboral de dichos trabajadores, conforme al principio de progresividad y el trabajo es un derecho social constitucional abarcado por dicho principio.

Así las cosas, teniendo en cuenta los principios de progresividad y no regresividad que cobijan los derechos sociales, no se encuentra sustento para garantizar una estabilidad laboral más fortalecida para un sector de trabajadores que desde hace más de 50 años no ve una mejora sustancial en dicho derecho.

Por otro lado, en el mismo artículo 26 del decreto ley 2400 de 1964 se exige que en la hoja de vida se deje constancia de los hechos y causas que ocasionaron la declaración de insubsistencia como límite a la discrecionalidad – cuestión que es muchas veces omitida en la práctica –, sin embargo aún eso resulta insuficiente comparado con la motivación del acto administrativo, que permite una mayor y mejor salvaguarda del principio de legalidad puesto que quedarían claras las razones por las cuales se realiza dicho acto, y no se debería presumir, como en algunas de las citadas sentencias se hace, que es por la pérdida de confianza del superior jerárquico del funcionario, ni basarse meramente en un hecho o causa que no es explicada.

También, la motivación de dichos actos permite una mejor salvaguarda de:

1. El principio de prevalencia del interés general sobre el particular, debido a que asegura aún más que el funcionario público actúe conforme a ley puesto que no podrá enmascarar tan fácilmente si tiene un interés particular ajeno al estatal porque tiene como límite la motivación coherente y suficiente que debe hacer del acto.

2. El principio del debido proceso porque el trabajador cuyo vínculo contractual es terminado tendrá mayor claridad sobre las razones y el por qué que motivó su despido, por lo cual tendrá a su disposición mayor información para conocer si alguno de sus derechos fue vulnerado, y decidir si interponer o no una demanda por lo ocurrido.

3. El principio de publicidad porque se hacen públicas las razones que motivaron la declaración de insubsistencia, sin dejar razones ocultas para el interesado.

Con vistas a futuro, hay otro principio que también es de mucho interés en este caso y es el de economía, como se vio en el análisis jurisprudencial algunas demandas se fallaron a favor y otras en contra para declarar la nulidad de un acto administrativo por desviación de poder al declarar insubsistente a un funcionario en provisionalidad sin motivar dicho acto, de esta manera se puede evidenciar que se ve fuertemente afectado el patrimonio estatal por tener que conceder a través de demandas cuantiosas sumas de dinero, que sin lugar a dudas pudieron ahorrarse tomando la previsión de motivar un acto administrativo. Entonces, el que quizás podría ser valorado como un ahorro de tiempo para la administración al no tener que expresar las motivaciones del acto administrativo en el contenido del mismo, se convierte en un desangre del patrimonio estatal y del ejercicio de la rama judicial.

Lo ocurrido con los trabajadores que están en provisionalidad es un ejemplo de cómo interpretan los jueces el derecho teniendo en cuenta todo el ordenamiento jurídico – como debe ser –, sin embargo, esto también deja abierta la posibilidad a que en cualquier momento, quizás acordemente con algunas de las consideraciones expuestas en estas conclusiones, decidan igualar los derechos de los trabajadores de libre nombramiento y remoción con los de carrera en cuanto al tema de la estabilidad laboral y con ello vuelva a haber un conflicto entre jueces que termine desangrando el patrimonio estatal y la actuación judicial.

Finalmente, no hay que olvidar que los actos administrativos se presumen válidos y nunca una falta de motivación por sí misma va a generar nulidad, para ello se deberá acreditar ante el juez competente la desviación de poder del funcionario judicial; así las cosas, actualmente no es obligatorio que el acto administrativo que declare insubsistente a un funcionario de libre nombramiento y remoción contenga la

motivación, sin embargo esto no exime que el afectado decida demandar por ello y en algún momento los jueces fallen a su favor, sería mejor inclusive que a título de legerenda se tenga en cuenta lo que brevemente se ha reseñado y se decida establecer por ley que dichos actos administrativos sean motivados, pues eso sería, de acuerdo con lo expuesto, más coherente con el ordenamiento jurídico vigente.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros.

Alexy, R. (1993). *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales

Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. (2 ed.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Bernal (2008). *Derecho Administrativo*. Escuela Superior de Administración Pública: Bogotá.

Berrocal(2004).*Manual del Acto Administrativo*, (3 Ed). Librería Ediciones del Profesional Ltda.: Colombia.

Cazorla (1983). *Temas de derecho administrativo*. (3 ed.). Escuela de Inspección Financiera y Tributaria: Madrid.

Carbonell (2008). *¿El tercero ausente? Ensayos sobre el poder judicial*. Porrúa: México.

Díaz (2011). *Estado de derecho y sociedad democrática*. España: PenguinRandomHouse.

Doménech Pascual (2010). El principio de presunción de validez. En *Santamaría Pastor (Dir.), Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Madrid: La Ley.

Dromi (1987). *Manual de Derecho Administrativo Tomo I*. Buenos Aires: Astrea.

Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (2007). *Acto Administrativo*. Consejo Superior de la Judicatura: Colombia.

Fraga (2000). *Derecho Administrativo*. (40 ed.). Porrúa: México.

Gordillo (1998). *Tratado de Derecho Administrativo Parte General Tomo I*. (5 ed.). Fundación de Derecho Administrativo: Buenos Aires.

Gordillo (2012). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas Tomo V*.  
Fundación de Derecho Administrativo: Buenos Aires.

Herrera(2012).*Aspectos Generales del Derecho Administrativo Colombiano*. (3 ed.).Ediciones Uninorte: Colombia. Disponible en:  
<http://www.digitaliapublishing.com/a/17363>

Marienhoff (1988). *Tratado de derecho administrativo Tomo II*. (3 ed.). Abeledo Perrot:  
Buenos Aires.

Monroy Cabra (2005). *La Interpretación Constitucional*. (2 ed.). Librería Ediciones del  
Profesional Ltda.: Bogotá.

Moreno, Masso y Pleite (2006). *Procedimiento y proceso administrativo práctico*. La  
Ley: Madrid.

Sánchez Gutiérrez (2007). Control de la administración pública. En *Cisneros Farias, Fernández Ruiz, López Olvera (coords.). Control de la administración pública*.  
UNAM: México.

Villegas Arbeláez (2006). *Derecho administrativo laboral. Principios, estructura y relaciones individuales*. (6 ed.). Legis: Bogotá.

Zaffaroni, E.; Alagia, A.; y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal Parte General*, (2 ed.)  
Buenos Aires: Ediar.

### **Revistas científicas.**

Acosta Romero (1979). La unilateralidad del acto administrativo en el derecho mexicano. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 112, tomo XXIX, pp. 11-38.

- Bermúdez Soto (2010). Estado Actual del Control de Legalidad de los Actos Administrativos. ¿Qué queda de la Nulidad de Derecho Público? *Revista de Derecho de Valdivia*, 23, 1, pp. 103-123.
- Betancur (2012). Revisión de la categoría de acto administrativo a la luz de la evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa. *Revista jurídica de Castilla y León*, 26, pp. 9-44.
- Blanco Zúñiga (2002). Los principios generales del Derecho en la Constitución del 91. *Revista de Derecho Universidad del Norte*, 17, pp. 248-262.
- Carbonell (2006). Marbury versus Madison en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de la constitucionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 5, pp. 289-300.
- Del Rosario Rodríguez (2011). La supremacía constitucional: Naturaleza y alcances. *Dikaion: Revista de Actualidad Jurídica*, 20, 1, Chía, pp. 97-117.
- Estrada (2010). Los principios jurídicos en Colombia. Algunas recomendaciones para su incorporación. *Diálogos de Saberes Universidad Libre de Colombia*, pp. 159-171.
- García de Enterría (2009). La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso administrativa. Su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva. *Revista de Administración Pública*, 179, Madrid, pp. 167-183.
- Güaché (2011). Los atributos de los actos administrativos unilaterales son aplicables a los contratos administrativos. *Diálogos de Saberes Universidad Libre de Colombia*, pp. 227-237.

- Maqueda (2010). El sentido de los elementos del acto administrativo. *Dikaion: Revista de Actualidad Jurídica*, 19, 2, Chía, pp. 467-487.
- Martínez Useros (1956). Desviación de poder. *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)*, 14, 1-2, pp. D5-D65.
- Monti (2003). La teoría jurídica del acto administrativo. *Documentación administrativa*, 267-268, pp. 249-260.
- Navarro (2012). Discrecionalidad administrativa. *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, 3, pp. 200-205.
- Nogueira (2009). Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericana. *Estudios Constitucionales*, 7, 2, pp. 143-205.

## **Sentencias.**

### **Corte Constitucional.**

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-442 de 1992, M.P. Simón Rodríguez
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-521 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-546 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-297 de 1994, MP. Antonio Barrera Carbonell.

**Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-545 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz**

**Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-054 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes  
Muñoz**

**Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-456 de 1998, M.P. Antonio Barrera  
Carbonell**

**Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-250 de 1998, MP. Alejandro Martínez  
Caballero.**

**Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-371 de 1999, M.P. José Hernández  
Galindo.**

**Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-368 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes  
Muñoz.**

**Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-371 de 1999, MP. José Hernández  
Galindo.**

**Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-109 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán  
Sierra.**

**Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-037 de 2000, MP. Vladimiro Naranjo  
Mesa.**

**Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-800 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo  
Mesa.**

**Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1146 de 2000. M.P. Manuel Cepeda  
Espinosa.**

**Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1163 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.**

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1436 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1263 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-793 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-884 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-613 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-772 de 2003, M.P. Manuel Cepeda Espinosa

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-620 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1206 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-189 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-308 de 2008, M.P. Antonio Sierra Porto.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 15 de mayo de 2008, Proceso 29206, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-251 de 2009, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-556 de 2009, M.P. Nilson Pinilla.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-917 de 2010, M.P. Jorge Palacio  
Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-980 de 2010, M.P. Gabriel Mendoza  
Martelo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-228 de 2011, M.P. Juan Henao Pérez.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-539 de 2011, M.P. Luis Vargas Silva

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-598 de 2011, M.P. Jorge Pretelt  
Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-656 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt  
Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-267 de 2012, M.P. Jorge Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-415 de 2012, M.P. Mauricio González  
Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-012 de 2013, M.P. Mauricio González  
Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-034 de 2014, M.P. María Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-317 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos

### **Corte Suprema de Justicia.**

Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Sentencia 62.308 de 2003,  
M.V. Soria – Negri – Roncoroni – Salas – Hitters.

## **Consejo de Estado.**

Consejo de Estado de Colombia. Fallo de 4 de Julio de 1984, Radicado 4261, C.P.

Jacobo Pérez Escobar.

Consejo de Estado de Colombia. Fallo de 12 de agosto de 1999, Radicado 5500, C.P.

Juan Polo Figueroa.

Consejo de Estado de Colombia, Fallo de 28 de octubre de 1999, Radicado 3443, C.P.

Juan Polo Figueroa.

Consejo de Estado de Colombia. Fallo de abril 6 de 2000, Radicado 5373, C.P. Olga

Navarrete Barrero.

Consejo de Estado de Colombia. Fallo de 1 de febrero de 2001, Radicado 6375, C.P.

Olga Navarrete Barrero.

Consejo de Estado de Colombia. Fallo de 8 de mayo de 2003, Radicado 3274, C.P.

Alejandro Ordóñez Maldonado.

Consejo de Estado de Colombia. Fallo de 2 de febrero de 2004, Radicado 11001-03-

25-0002001 00207-00 (3016-01), C.P. Ana Margarita Olaya Forero.

Consejo de Estado de Colombia. Fallo de 31 de marzo de 2005, Radicado 1999-02477,

C.P. Rafael Ostau de Lafont Pianeta.

Consejo de Estado de Colombia. Fallo de 23 de marzo de 2006, Radicado 4164, C.P.

Alejandro Ordóñez Maldonado.

Consejo de Estado de Colombia. Fallo de 26 de febrero de 2009, Radicado

680012315000200101897 01- N° interno 0058-08, C.P. Gerardo Arenas

Monsalve.

Consejo de Estado de Colombia, Fallo de 4 de agosto de 2010, Radicado 15001-23-31-000-2001-00354-01, C.P. Gustavo Gómez Aranguren.

Consejo de Estado de Colombia. Fallo de 23 de septiembre de 2010, Radicado 15001-23-31-000-2001-01835-01(2114-08, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

Consejo de Estado de Colombia. Fallo de 3 de marzo de 2011, Radicado 2009-00621, C.P. Rafael Ostau de Lafont Pianeta.

Consejo de Estado de Colombia, Fallo de 12 de octubre de 2011, Radicado 05001-23-31-000-2005-01435-01(0451-11), C.P. Luis Vergara Quintero.

Consejo de Estado de Colombia, Fallo de 5 de septiembre de 2012, Radicado 25000-23-25-000-2001-09480-01(2378-08), C.P. Alfonso Vargas Rincón.

#### **Tribunales.**

Tribunal Administrativo de Antioquia. Sentencia S10-20 de 2009, M.P. Mercedes Zuluaga Londoño.

Tribunal Administrativo de Bolívar. Auto de 25 de junio de 2014, Radicado 2011-00193, M.P. Roberto Chavarro Colpas.

Tribunal Administrativo de Nariño. Salvamento de Voto 060511 de 2014, M.P. Hugo Burbabo Tajumbina.

#### **Tratados Internacionales.**

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16-12-1966). Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de la ONU.

**Normas colombianas.**

Constitución Política de 1991.

Código Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.

Decreto Ley 2400 de 1964.

Ley 489 de 1998.

Ley 909 de 2004.

Decreto 4968 de 2007.