

LA ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DERIVADA DE LA FALSA
MOTIVACIÓN, FRENTE A LA DESVINCULACIÓN DE LOS EMPLEADOS EN
PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.

MILTON ANDRÉS BARRETO GARZÓN
AMANDA PATRICIA RODRÍGUEZ PÉREZ

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
TUNJA
2020

LA ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DERIVADA DE LA FALSA
MOTIVACIÓN, FRENTE A LA DESVINCULACIÓN DE LOS EMPLEADOS EN
PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.

MILTON ANDRÉS BARRETO GARZÓN

AMANDA PATRICIA RODRÍGUEZ PÉREZ

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE MAGISTER

Director

Dr. ANDRÉS RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ.
Ph.D.

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
TUNJA
2020.

Nota De Aceptación

Firma Decano

Firma Primer Jurado

Firma Segundo Jurado

Tunja, fecha

DEDICATORIA

Dedicamos esta tesis a Dios por permitirnos cumplir nuestros sueños, por ser el inspirador y darnos la sabiduría, el conocimiento y la fuerza dentro de este gran proceso de aprendizaje para obtener uno de los anhelos más deseados.

A nuestras familias por su amor, trabajo y sacrificio en todos estos años, por su apoyo incondicional, por ser nuestra mayor motivación en aquellos momentos que sentimos desfallecer, sin su ayuda no habríamos logrado llegar hasta este punto, gracias por cada palabra, por haber soportado esos días de ausencia y sobre todo por su comprensión

AGRADECIMIENTOS

Agradecer primero a Dios por darnos la oportunidad de realizar este trabajo, a nuestra Universidad Santo Tomas Tunja, por brindarnos los conocimientos necesarios a través de los docentes de la Maestría en Derecho Administrativo, y principalmente a nuestro director el Dr. Andrés Rodríguez Gutiérrez, quien ha sido una persona muy valiosa en este proceso, el cual dedico su tiempo y conocimiento para que fuese posible hoy culminarlo.

CONTENIDO

Pág.

<u>INTRODUCCIÓN.....</u>	<u>1</u>
<u>1. OBJETIVOS.....</u>	<u>4</u>
1.1. OBJETIVO GENERAL	4
1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	4
<u>2. JUSTIFICACIÓN.....</u>	<u>4</u>
<u>3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....</u>	<u>5</u>
<u>4. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN.....</u>	<u>8</u>
<u>5. HIPÓTESIS.....</u>	<u>8</u>
<u>6. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL</u>	<u>8</u>
<u>7. METODOLOGÍA.....</u>	<u>10</u>
7.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	10
<u>8. ESTADO DEL ARTE.....</u>	<u>11</u>
<u>PRIMERA PARTE</u>	<u>22</u>
<u>CAPITULO I</u>	<u>22</u>
<u>9. LA FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO, CAUSAL DE NULIDAD, POR ACCIÓN U OMISIÓN DE LOS AGENTES DEL ESTADO.....</u>	<u>22</u>
9.1. LA FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO, PRESUPUESTO DE NULIDAD.....	23
<u>10. RESPONSABILIDAD DEL SERVIDOR PÚBLICO, POR ACCIÓN U OMISIÓN EN LAS ACTUACIONES DEL ESTADO.....</u>	<u>28</u>

10.1. QUÉ HERRAMIENTAS ENCONTRAMOS FRENTE A LA FACULTAD OTORGADA CONSTITUCIONALMENTE, A PARTIR DEL ARTÍCULO 90.....	32
---	----

CAPITULO II 37

11. EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DE OPERATIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA..... 37

11.1. DEFINICIONES DEL ACTO ADMINISTRATIVO CON EL DERECHO COMPARADO.....	38
11.2. MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO Y FINALIDAD.	41
11.3. LA OBLIGACION DE MOTIVAR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DESDE UNA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO.....	42
11.4. EXPEDICIÓN EN FORMA IRREGULAR POR FALTA DE MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.....	45
11.5. LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS LIGADO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.	46

PARTE II..... 50

CAPITULO III 50

12. LA CARRERA ADMINISTRATIVA EN NUESTRO SISTEMA COLOMBIANO. 50

12.1. DISCUSIÓN JURISPRUDENCIAL RESPECTO DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y LOS CAMBIOS PROMOVIDOS POR LA LEY 909 DE 2004.	51
12.2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA.....	52
12.3. POSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO	56
12.4. LA DOCTRINA REFERENTE A LA ESTABILIDAD LABORAL.....	57

CAPITULO IV 61

13. NORMA SUPERIORES QUE SE VULNERAN EN VIRTUD DE LA DESVINCULACIÓN DE UN EMPLEADO DE CARRERA EN PROVISIONALIDAD. 61

13.1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, GARANTÍA DE NO INCURRIR EN FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.....	61
13.2. EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO Y SUS ORÍGENES.....	62
13.2.1. EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA.....	64

14. EL ESTADO DE DERECHO, COMO GARANTÍA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. 65

14.1. PRINCIPIO DEMOCRÁTICO, EN RELACIÓN CON EL DEBER DE MOTIVAR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.	67
14.2. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA, EN CONCORDANCIA CON LA LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO.	68
<u>15. EFECTOS DE LA NULIDAD POR FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE ORDENA EL RETIRO DE UN EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD.</u>	<u>69</u>
<u>16. CONCLUSIONES</u>	<u>79</u>
<u>BIBLIOGRAFÍA.....</u>	<u>80</u>

INTRODUCCIÓN.

Esta disertación jurídica permitirá en primer lugar dar respuesta al interrogante de si es necesaria la motivación de los actos administrativos de retiro de los empleados públicos que se encuentran en provisionalidad para no menoscabar el principio del debido proceso, al igual que afectar otras garantías establecidas, en segundo lugar el descubrir las razones planteadas tanto por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado y la doctrina frente a la importancia de la promulgación de actos administrativos y decisiones motivadas para los empleados públicos del Estado Colombiano sin llegar a incurrir en una falsa motivación.

Para ello se inicia con la precisión conceptual referente a la falsa motivación, ilegalidad del acto administrativo, principio del debido proceso a partir de la Jurisprudencia Constitucional y la importancia de la motivación como garantía de la efectiva aplicación del debido proceso y el marco histórico de la motivación como elemento esencial del debido proceso, siendo muy importante la recopilación de todos aquellos cambios históricos que han dado lugar a la evolución legal y constitucional de la motivación de los actos administrativos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, revisando este proceso desde una óptica posterior a la vigencia de la carta política de 1991. También se abordarán las razones que soportan la motivación de los actos administrativos a partir de la doctrina nacional y se precisará el deber de motivación del acto de retiro de empleados que pertenecen a la carrera administrativa frente a la excepción al deber de motivación de los empleos de libre nombramiento y remoción.

Siendo el tema central el estudio de la falsa motivación de los actos administrativos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, se hará un análisis de la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, indicando qué grado de discrecionalidad se aplica a empleos de libre nombramiento y remoción y cuál es el aplicable a empleados en provisionalidad. En este punto se resaltarán la protección que ha otorgado la Corte Constitucional a empleados en provisionalidad a partir de la Sentencia de Unificación SU-917 de 2010 y también se hará relación a los vicios de nulidad a que daría lugar la falsa motivación de los actos administrativos por los cuales se retira a los empleados en provisionalidad, los cuales serán estudiados tanto a partir de la óptica de la doctrina nacional como de las más recientes jurisprudencias de la Corte Constitucional que en su sentido más amplio catalogan la falsa motivación como una causal autónoma de nulidad del acto administrativo susceptible de ser debatida ante la jurisdicción contencioso- administrativa.

Para efectos de destacar el punto de vista de la Corte Constitucional frente a la necesidad de motivación de los actos administrativos de retiro de provisionales como pieza fundamental del respeto de derechos y garantías constitucionales,

este trabajo se ha centrado en el análisis de sentencias proferidas por la Corte Constitucional en fallos tanto de carácter abstracto como en la revisión de tutelas relacionadas con el amparo al derecho fundamental al debido proceso, la ilegalidad del acto derivada de una falsa motivación frente a las declaratorias de insubsistencia de empleados públicos en provisionalidad de diferentes entidades estatales, al igual que los fallos del Consejo de Estado. De estas providencias se ha construido el trazo jurisprudencial que ha surgido del estudio las *ratio decidendi* de estos diversos fallos.

A partir de lo anterior se expondrá la postura contraria a la Corte Constitucional que ha adoptado el Consejo de Estado en sus diferentes secciones, en especial el cambio jurisprudencial que se ha suscitado en su sección laboral, donde aparece un nuevo matiz en aplicación de la ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario. No obstante se resalta la continua preocupación de la Corte Constitucional por lograr que su línea jurisprudencial sea respetada por las diferentes autoridades tanto administrativas como jurisdiccionales, siendo su mayor aspiración que su posición en defensa de la motivación para actos de retiro de los empleados provisionales, se vea reflejada en las decisiones de la jurisdicción contencioso administrativa al realizar el control de legalidad de los actos administrativos demandados, rescatando así el respeto y garantía de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y el respeto a la garantía a la estabilidad laboral. Sin embargo se podrá observar que el máximo Tribunal de lo contencioso Administrativo en este asunto ha dado mayor prioridad al criterio de interpretación legal y exegética y no a la interpretación teleológica y sistema de la constitución que hace en forma acertada nuestra corte constitucional.

Es importante analizar la ilegalidad del acto administrativo derivada de una falsa motivación, frente a la desvinculación de los empleados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, tratando de determinar si a partir de la utilización de la carrera administrativa y el desarrollo normativo Colombiano, es posible evidenciar que la relación entre la administración y los administrados es más eficaz y seguro. Esto a través del análisis de las disposiciones legales establecidas en la Constitución Política de Colombia de 1991 y la Ley 909 de 2004 que regula lo concerniente sobre el empleo público, la carrera administrativa y gerencia pública, teniendo como punto diferenciador que antes del año 2004, bajo el entendido de la Ley 443 de 1998, los empleados nombrados en provisionalidad y los de libre nombramiento y remoción eran manejados de igual forma, es decir no había aspecto diferenciador al momento de ser desvinculados, en cuanto que el acto administrativo no debía ser motivado.

En principio antes de realizar apreciaciones y abordar el desarrollo del problema se podría aplicar los principios del artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, no obstante se hace necesario tener claro los conceptos básicos sobre Carrera Administrativa, Empleo Público, Servidor Públicos, Principio de Merito,

Nombramiento Provisional, Encargo y por ende la institución encargada de dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado tal como lo es La Comisión Nacional Del Servicio Civil.

El artículo 125 de la Constitución Política de 1991, indica lo siguiente:

“Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Todos los servidores públicos serán designados por concurso público de méritos, salvo aquellos respecto de quienes la Constitución o la ley establezcan un mecanismo de designación especial”¹.

De esta disposición quedan exceptuados los ministros, los viceministros, los jefes de departamento administrativo, los secretarios de despachos departamentales y municipales y los gerentes o directores de las entidades descentralizadas de todo orden. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

La Constitución Política de Colombia, no trae una definición exacta de qué es carrera administrativa, solo se limita a indicar cuáles son los empleos de carrera administrativa, el procedimiento estipulado para proveer estos y el retiro de la carrera administrativa. Por otro lado, el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, trae una definición más amplia y precisa a la descrita anteriormente en el artículo 125 de la Constitución Política de 1991, cual define la carrera administrativa así:

“ARTÍCULO 27. CARRERA ADMINISTRATIVA. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna”²

¹ GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia. 31 ed. Bogotá D.C. Colombia. Leyer 2013. 228 p. (s.f.).

² Ley 909 de 2004

1. OBJETIVOS.

1.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar la ilegalidad del acto administrativo originada por la falsa motivación, frente a la desvinculación de los empleados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, con el fin de establecer si la facultad utilizada por el nominador genera transgresión de principios y derechos constitucionalmente establecidos y reconocidos dentro del ordenamiento jurídico.

1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Determinar cuando la ilegalidad derivada de la falsa motivación, frente a los actos administrativos, con relación a la desvinculación de un empleado en provisionalidad, se genera por el actuar de los agentes del Estado, y su relación frente a la discrecionalidad o la desviación del poder.
- b) Explicar el acto administrativo como instrumento de operatividad de la administración pública y la motivación del mismo como presupuesto ligado al Principio de Legalidad y al Debido Proceso.
- c) Señalar qué es la carrera administrativa en Colombia, cuando se presenta la figura de la provisionalidad de los empleos públicos, analizando su fundamento jurídico y las consideraciones jurisprudenciales.
- d) Valorar si la desvinculación de los empleados en provisionalidad ocasiona vulneración de normas superiores y por ende a los fines esenciales del Estado, generando perjuicios, y cuáles son los parámetros expuestos por vía Jurisprudencia.

2. JUSTIFICACIÓN.

Los nominadores de las diferentes entidades del Estado incurren en la falsa motivación de los actos administrativos, originando una ilegalidad del mismo, frente a procesos de desvinculación y retiro de los funcionarios en provisionalidad, causando afectación a derechos fundamentales como el debido proceso, igualdad, entre otros, igualmente con el desarrollo del presente trabajo, nos permitiría mostrar los diferentes criterios establecidos por las altas cortes del Estado Colombiano, la interpretación doctrinaria encontrada y el sustento Constitucional y normativo existente, respecto de la expedición del acto administrativo bajo la causal de nulidad denominada falsa motivación.

Igualmente se revisará y analizará el acto administrativo, como expresión de la voluntad administrativa unilateral encaminada a producir efectos jurídicos a nivel particular y concreto, el cual es construido por la concurrencia de elementos de

tipo subjetivo (órgano competente), objetivo (presupuestos de hecho a partir de un contenido en el que se identifique objeto, causa, motivo y finalidad, y elementos esenciales referidos a la efectiva expresión de una voluntad unilateral emitida en ejercicio de la función administrativa) y formal (procedimiento de expedición). Sin tales elementos el acto no sería tal y adolecería de vicios de formación generadores de invalidez, que afectan su legalidad, conllevando a la ilegalidad.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Nuestro ordenamiento jurídico, partiendo del punto de vista Constitucional y legal, ha dispuesto las herramientas necesarias para la protección de derechos a los ciudadanos, sin embargo en algunos casos, la potestad sancionadora de la administración no cumple a cabalidad con sus actuaciones, lo cual conlleva a la violación al debido proceso, alterando el normal funcionamiento de la administración, generando que el ciudadano afectado busque el resarcimiento de los bienes jurídicos vulnerados, a través de los mecanismos necesarios dispuestos para tal fin.

Uno de los aspectos diferenciadores más importantes de la Constitución de 1991 en relación con la Constitución de 1886 y de los antecedentes de la función pública en nuestro país, es aquel que nos permite hacer uso de los instrumentos que nos garanticen la protección de derechos que consigo trae la misma, de acuerdo a lo anterior tomando el rango constitucional previsto es importante tener en cuenta que el capítulo tercero hace referencia a la carrera administrativa, para decir que no habrá empleo público que no tenga sus funciones descritas en la Ley o reglamento, y que el servidor público no puede entrar a desplegar sus funciones sin el debido ritual o formalidades que ello implica.

Partiendo de este punto fundamental, es preciso decir que constitucionalmente el artículo 29 consagra *“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....”*³

Conforme a los principios que rigen la administración pública, contemplados en el artículo 209 constitucional *“la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”*. Principios en los que se fundamenta y desarrolla la Función Pública, y además en los cuales debe limitarse la discrecionalidad del nominador para declarar la insubsistencia de aquellos que *“gozan de una cierta estabilidad”* lo que para La Corte Constitucional ha denominado *“estabilidad intermedia”*, explicando además que aquellos sujetos nombrados en provisionalidad no cuentan con las mismas garantías que aquellos que están en

³ GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia. 31 ed. Bogotá D.C. Colombia. Leyer 2013. 53 p.

carrera administrativa, pero si se debe ser explícita el porqué de la declaratoria de insubsistencia, garantizando de esta forma el derecho al debido proceso, consagrado constitucionalmente, buscando generar que las actuaciones del nominador logren la consecución del interés general, observando y aplicando tales principios constitucionales.

Por consiguiente, citando la Corte Constitucional: Cuando el servidor público no sólo deja de ser la herramienta eficaz para el logro de los fines, sino que, mediante actuaciones que no cumplan los principios enunciados de *“igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. (art. 209 de la Carta), nace para el Estado el derecho de controlar, a través de la jurisdicción contencioso administrativa, tanto el acto o contrato administrativo en que quedó plasmada la actuación del servidor público en violación de los fines últimos del Estado, como su responsabilidad desde los demás ámbitos, penal, civil, disciplinario, laboral”*⁴ Podemos inferir que, es garantía para los habitantes del territorio nacional, el poder hacer uso de los mecanismos establecidos, que le permitan la efectividad de sus derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, es decir no existe un debido proceso, sino se goza de un respaldo legal existente debidamente tipificado, entendiendo que el debido proceso va de la mano con el principio de legalidad.

Una vez examinado el tema, es importante decir que los presupuestos dados de carácter Constitucional, Legal y Jurisprudencial son claros, al momento de entender que los nombramientos provisionales se constituyen en un mecanismo de carácter excepcional y transitorio, por medio del cual le da la posibilidad a las entidades del Estado, de proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa, con personas que no han superado ninguna etapa del concurso de méritos.

De lo anterior se desprende que, al ostentar estas calidades, le otorga a estos empleados una estabilidad laboral relativa o intermedia, lo cual conlleva a que el nominador podrá dar por terminado estos nombramientos provisionales siempre y cuando el acto administrativo que declare la insubsistencia se profiera de forma motivada, motivos que deben expresar la *“razón suficiente”* es decir, se debe exponer de manera clara, detallada, precisa las razones que dieron lugar a retirar del cargo al funcionario.

La motivación como elemento esencial para garantizar el principio del debido proceso se hace exigible en el acto administrativo de retiro de empleados públicos que ocupan cargos en provisionalidad pertenecientes a carrera administrativa. Dado que prescindir de la motivación desconocería derechos fundamentales como son el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, a la igualdad y principios constitucionales como el de publicidad, transparencia, legalidad, democrática y la estabilidad laboral.

⁴ Sentencia C 832 de 2001, MP. Beltrán Sierra Alfredo

La motivación del acto de retiro del empleado en provisionalidad debe obedecer al interés general y por ello deben concretarse las razones por las cuales el nominador decide proferir el acto de insubsistencia, como son que el empleado público con su conducta haya afectado la función pública, no haya prestado en forma satisfactoria sus servicios, o su cargo haya sido provisto por concurso de méritos. De otra parte, en otro tipo de relaciones laborales se exige también que antes de terminar la relación laboral por justa causa se debe informar y probar por el empleador las razones que dieron lugar a dicha decisión garantizando previamente al trabajador su derecho de defensa.

El deber de motivación también está conectado con la garantía constitucional de estabilidad laboral a que se refieren los Artículos 53 y 125 de la Carta Política, puesto que se ha reconocido por la jurisprudencia que el grado de estabilidad laboral difiere según la naturaleza del cargo público, es así como los empleados de libre nombramiento y remoción cuentan una estabilidad precaria en razón a que la facultad discrecional del nominador es más amplia dado el carácter de confianza en estos cargos; mientras que los empleados en provisionalidad gozan de una estabilidad relativa o mayor, donde el grado de discrecionalidad del nominador es menor por las funciones técnicas que desempeñan, y por ello se deben indicar las razones concretas que obedezcan al interés general y que serían el único fundamento para la terminación del vínculo.

Frente a este tema de la exigencia de la motivación de los actos administrativos para el retiro de empleados en provisionalidad, ha existido una constante discrepancia entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; no obstante con la aparición de la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005 hubo un cambio de matiz por parte del máximo Tribunal de lo Contencioso administrativo donde se acepta la motivación, pero no por las razones de carácter constitucional y de precedente jurisprudencial analizado en el trazo expuesto por el grupo, sino atendiendo al cambio normativo precitado.

Esta investigación estará delimitada a los antecedentes que tiene la Función Pública en Colombia, a nuestra legislación interna; tal como nuestra Constitución Política como norma de normas, la Ley 909 de 2004 y sus Decretos reglamentarios, la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Jurisprudencia Nacional de las altas Cortes entre ellas la Constitucional, y el Consejo de Estado, además orientada por la doctrina que trata el tema.

Con el fin de conocer la regulación interna, que permita determinar la falsa motivación de los actos administrativos, frente a la desvinculación de los empleados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, con el fin de establecer si la facultad utilizada por el nominador genera transgresión de Principios y derechos constitucionalmente establecidos, tales como el de legalidad, debido proceso, el Estado de Derecho, principio de democrático y

principio de publicidad en el ejercicio de la función pública, ocasionando violación de normas superiores y por ende a los fines esenciales el Estado.

De otro lado en términos de la doctrina, la causal de “*falsa motivación*” puede consistir en que la ley exija unos motivos precisos para tomar una decisión, pero el funcionario la expide sin que esos motivos se presenten, caso en el cual se habla de la inexistencia de motivos legales o falta de motivos, como también en que los motivos invocados no han existido realmente, desde el punto de vista material o jurídico, caso en el cual se habla de inexistencia de los motivos invocados, de motivos erróneos o de error de hecho o de derecho en los motivos. El error de hecho ocurre cuando no existe el motivo que soporta el acto administrativo y el error de derecho cuando el motivo invocado sí existió materialmente, pero fue mal apreciado o interpretado por el funcionario.

4. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN.

¿Por qué razones podría ser declarada la ilegalidad del acto administrativo derivada de la falsa motivación, frente a la desvinculación de los empleados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa?

Lo anterior permitirá realizar un análisis, estudio y descripción de las normas, la jurisprudencia y la doctrina respecto a la falsa motivación del acto, con relación al proceso de desvinculación, observando criterios y posiciones frente a casos de gran relevancia, analizando el grado de reparación y los mecanismos de control ejercidos en su momento.

5. HIPÓTESIS

La ilegalidad derivada de la falsa motivación de los actos administrativos, frente a la desvinculación de los empleados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, permite que la facultad dada al nominador; genere transgresión de Principios y derechos constitucionalmente establecidos y reconocidos dentro del ordenamiento jurídico.

6. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

En el desarrollo de este trabajo se considera importante un análisis de las principales situaciones y teorías que pueden darse dentro de la falsa motivación del Acto Administrativo, apoyados en los planteamientos y conceptos emitidos por órganos administrativos y jurisdiccionales, la falsa motivación de los actos administrativos, frente a la desvinculación de los empleados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, dentro de nuestro Estado Colombiano ha sido objeto de debate e interpretación dada la complejidad de las diferentes situaciones administrativas que pueden generarse alrededor de la condición de la provisionalidad del cargo.

Dentro de este documento se analizarán las Instituciones Jurídicas como son el Acto Administrativo, la configuración de la falsa motivación como causal expuesta dentro del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es importante igualmente señalar que, el Consejo de Estado indicó que los motivos de un acto administrativo constituyen uno de sus fundamentos de legalidad, a tal punto, que cuando se demuestra que estas razones que se expresan en el acto, como fuente del mismo, no son reales, no existen o están distorsionadas, se presenta un vicio que invalida el acto administrativo, llamado falsa motivación.

Una de las posiciones que ha referido el Consejo de Estado ha sido lo señalado por la Sección Primera donde se afirmó que la falsa motivación del acto ocurre en los siguientes casos:

“Se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública

Los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien sea por error o por razones engañosas o simuladas

Porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y

Porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión”⁵

Bajo estas situaciones se realizará un estudio a las situaciones presentadas frente a la desvinculación de los empleados vinculados en provisionalidad en conjunto con el análisis Legal, Jurisprudencial y Doctrinario, donde se tomaran referentes igualmente de la Corte Constitucional, frente a los casos bajo los cuales ha referido que los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.

Existen manifestaciones realizadas por los Altos Tribunales donde se afirma que los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que hayan superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación,

⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 25000232400020080026501, abr. 14/16 (C.P. María Claudia Rojas Lasso)

como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública.

La principal fuente serán los fallos del Consejo de Estado y la Corte Constitucional con el fin de determinar la Responsabilidad del Estado y construir una tesis argumentativa enmarcada dentro de la falsa motivación del acto administrativo.

7. METODOLOGÍA.

Se busca hacer análisis de sentencias proferidas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional referente a las diferentes situaciones presentadas con ocasión de la desvinculación de funcionarios en provisionalidad, con el objeto de determinar la falsa motivación de los actos administrativos, igualmente observar desde la óptica si corresponde a un acto reglado o discrecional.

Se propone trabajar con base en el análisis discursivo de fallos proferidos por estos tribunales, en esta medida es importante hacer una selección de casos paradigmáticos sobre la desvinculación de trabajadores en provisionalidad dentro de las diferentes esferas del estado Colombiano. A partir de esta elección se realizará un análisis frente a casos de especial importancia; asimismo, se busca identificar premisas de argumentación desde la justificación interna y externa del mismo acto, igualmente se propone un modelo de análisis basado en el estudio de:

Reglas de derecho que determinan los procedimientos para la desvinculación bajo los criterios de un debido proceso y demás aspectos.

Enunciados para la fundamentación de las decisiones judiciales en este ejercicio permite detectar las elecciones que se hacen en la argumentación judicial y sobre las cuales se conceptualiza la falsa motivación del acto.

Estudio de la Doctrina y diferentes conceptos emitidos por la Academia frente a la naturaleza de la Carrera Administrativa, la provisionalidad de los cargos de Carrera y la misma naturaleza del acto frente a cada situación en particular respecto a la motivación del mismo.

7.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.

Para la construcción del documento y con el propósito de cumplir con lo planteado en los objetivos de esta investigación, se hará uso del método inductivo-analítico, de esta forma poder tomar la información existente para construir los diferentes capítulos propuestos, generando así un análisis el cual posteriormente permitirá llegar a concluir de forma jurídica lo que hipotéticamente se plantea.

El método inductivo: *“permite explorar y describir, para luego generar perspectivas teóricas, sacando conclusiones generales, donde se puede ir de lo particular a lo general”*.⁶

El método analítico: *“permite descomponer una obra, un texto en sus elementos esenciales, a fin de captar las relaciones que tengan entre si y de dar luego un esquema del conjunto”*.⁷

El enfoque de esta investigación será el cualitativo, el cual nos permite llegar a las causas de algo, interpretar la doctrina y la Jurisprudencia existente para determinar a profundidad si existen vacíos respecto al asunto planteado, desarrollando de tal forma una investigación jurídica, dado que los aspectos relevantes que se plantean como; la discrecionalidad del nominador, la desviación de poder enmarcada dentro de la falsa motivación de los actos administrativos son propios del actuar jurídico, lo cual trasciende en el carácter fundamental de los derechos vulnerados, tomando como técnica la investigación básica.

8. ESTADO DEL ARTE.

Es importante plasmar de diferentes puntos de vista, el tema de la ilegalidad del acto administrativo, en relación con la desvinculación de empleados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, es así como las causales de nulidad de los actos administrativos, se encuentra taxativamente descritas en la norma.

De acuerdo con lo anterior, para algunos tratadistas, los vicios que afectan la legalidad del acto, tienen una doble connotación, es decir, por un lado vicios de fondo y por otro vicios de forma, es así como *“el vicio de forma hace referencia a aquellos que afectan el ámbito externo del acto, los cuales afectan la competencia, y en especial, el desconocimiento del debido proceso, y el derecho de audiencia y de defensa”*.⁸, entendidos de tal forma que, son vicios que presentan irregularidades en su expedición, contenido y estructura formal.

Los vicios de fondo se refieren, a las irregularidades que tiene el acto en su esencia como tal, como es el objeto, sus motivos, su finalidad, determinando una vulneración del ordenamiento jurídico establecido. Una de las causales de ilegalidad de los actos administrativos, *“es la falsa motivación del acto, causal que encuadra dentro de los vicios de fondo”*⁹, la cual explicaremos más detenidamente.

⁶Hernández Smpieri Roberto, Fernández Collado Carlos, Baptista Lucio Marie del Pilar, Metodología de la Investigación. Quinta edición. Mc Graw-Hill Interamericana Editores. S.A. DE C.V.

⁷ Guerra G. Yolanda M. Ph. D. Métodos de Investigación. Todos los Caminos conducen a Roma? Primera Edición. Pág.37

⁸ SANTOFIMIO JAIME ORLANDO, Tratado de derecho administrativo, tomo I, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p.356

⁹ GUECHA MEDINA CIRO NORBERTO, Derecho procesal administrativo, Cuarta edición, Grupo editorial Ibáñez, 2016, p.330

En tratándose la falsa motivación del acto administrativo, la doctrina francesa y posteriormente la colombiana, llegan a la conclusión que los motivos de anulación del acto, no son únicamente del ámbito objetivo, dando lugar a la aplicación de los motivos de carácter subjetivo.

Es así como para el profesor JEAN RIVERO, al referirse al control de motivos de los actos administrativos, expresa que *“en principio, se busca la conformidad de los mismos con el derecho; que pareciera que los motivos que originan los actos administrativos fueran del resorte discrecional de la Administración y que por tal escaparían del control jurisdiccional; pero esto no es del todo así, porque es muy difícil delimitar el campo de fundamentos de hecho del acto y el derecho mismo, porque en muchas ocasiones la Administración no puede proferir un acto, sino cuando la situación de hecho existe”*¹⁰

La falsa motivación de los actos administrativos, para algunos doctrinantes, puede darse por dos causas específicas como son: la ausencia de los motivos o el error en los motivos que dieron origen al acto. Según lo dispone nuestro ordenamiento jurídico, existe el deber de motivar todo acto que crea, modifica o extingue una situación jurídica.

Entendida la falsa motivación, como uno de los motivos o causales de impugnación de los actos administrativos, es importante señalar que motivar el acto es una obligación del nominador, es de vital importancia exponer las razones de hecho y de derecho apuntando a la realidad fáctica que lo llevan a crear un situación jurídica, es decir que la existencia real de esos motivos, permiten determinar si estamos frente a una falsa motivación del acto, lo cual determina la legalidad o ilegalidad del mismo.

Según lo plasma, el catedrático Palacio Hincapié, no era posible el control jurisdiccional de los motivos del acto, por considerar que el juez no podía adentrarse en las razones de oportunidad y conveniencia que permiten tomarla. Sin embargo en nuestra legislación colombiana se contempla de forma taxativa la falsa motivación, esto con el fin de determinar si dichos motivos son reales, existen, o por el contrario se fundamentan en apariencias, que lo único que buscan es lesionar un bien jurídico determinado.

*“La falsa motivación, es un vicio que invalida el acto administrativo cuando no existe correspondencia entre la decisión que se adopta y la expresión de los motivos que en el acto se aducen como fundamento de la decisión”.*¹¹ De acuerdo a lo anterior, es preciso señalar, que la motivación del acto administrativo es

¹⁰ GUECHA MEDINA CIRO NORBERTO, Derecho procesal administrativo, Cuarta edición, Grupo editorial Ibáñez, 2016, p.259

¹¹ PALACIO HINCAPIE JUAN ANGEL, Derecho procesal administrativo, Novena edición, Librería Jurídica Sánchez R Ltda. 2017, p 331

fundamental, y que dicha obligación recae sobre el nominador, quien está en el deber legal de expresar los fundamentos de hecho y de derecho que lo llevan a proferir el acto. En este caso las razones que lo llevan a desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad, de esta forma permitir que el afectado decida si acude o no ante la jurisdicción, con el fin de demandar la nulidad del referido acto.

En la antigüedad no se contemplaba, el control jurisdiccional de los motivos del acto, fue en la medida que el Legislador incluyó la falsa motivación, la que permitió hacer efectivo tal control, con el fin de evitar que se generara arbitrariedad o la expedición de actos con motivos inexistentes o basados en una realidad ficticia.

Habiendo tratado de referenciar la ilegalidad del acto administrativo derivada de la causal de la falsa motivación, es preciso ahondar en lo referente al tema de la carrera administrativa en Colombia, para así llegar a determinar la conexidad entre uno y otro a la hora de hablar de la desvinculación de los empleados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.

Avanzado en el estudio del desarrollo histórico de la Carrera Administrativa encontramos que el verdadero nacimiento de esta, fue a partir de la Ley 165 de 1938 la cual buscaba que el Presidente de la República ya no tuviera la facultad de nombrar o remover a los servidores públicos de acuerdo a sus intereses políticos sino que se aplicara el sistema de Carrera Administrativa a los diferentes empleos del Estado y se tuvieran en cuenta sus capacidades cognoscitivas y el mérito para dejar de lado el sistema clientelista que se vivía en la época y el cual podemos visualizar actualmente todavía en algunas entidades del Estado que busca llenar las vacantes de la carrera administrativa por medio del nombramiento provisional de los cargos y no hacer el concurso para llenar las vacantes como es debido.

Posteriormente a la mencionada Ley, se presentó el Plebiscito del 1 de diciembre de 1957, que estableció los principios básicos de la carrera administrativa, específicamente lo referentes a que todo ingreso y ascenso a cargos públicos debe hacerse de acuerdo con la Ley, la prohibición a empleados de carrera de participar en actividades políticas, la filiación política de los ciudadanos determina el ingreso, promoción o retiro de los cargos públicos de carrera. (Fuente diario oficial Colombiano)

Es con esta reforma que empieza el país con la aplicación del régimen de carrera administrativa a permitir que cualquier persona diferente a la que está relacionada con la clase política del momento pueda ingresar a cargos públicos sin tener en cuenta partido político, raza, economía, estrato social etc., solo existe una condición para estas persona y es que cumpla con los procedimientos establecidos para ocupar el cargo público, como son el conocimiento, experiencia, aptitudes y desempeños obtenidos en relaciones laborales anteriores.

Siguiendo con el desarrollo histórico de la carrera administrativa encontramos el Decreto 583 de 1984, que fue una violación clara a los principios de la carrera administrativa, dado que a través de este, se le permitió a los funcionarios que estaban adscritos a la administración nacional, ocupando cargos de carrera sin pertenecer a ella, es decir, vinculados de manera provisional los cuales pudieron acceder a esta sin reunir la experiencia mínima en el desempeño del cargo y solo debía presentar y aprobar algunos exámenes relacionados con el ejercicio de la labor en cuestión.

Lo cual vulneraba por completo la posibilidad que personas diferentes a la administración pudieran participar y llegar a ocupar dichas vacantes, porque a ellos si se les exigía la experiencia mínima requerida y por ende no tendrían los mismos conocimientos que adquirieron los que estaban vinculados en la administración para realizar el examen exigido. Es claro que en esta parte evolutiva de la carrera administrativa todavía se maneja la influencia política y el pago de favor

Es a partir de la Constitución de 1991 que la carrera administrativa vuelve a tomar auge en la legislación nacional, por cuanto es elevada a rango constitucional tal como lo dispuso en su artículo 125 el cual indica que los empleos en las entidades del Estado son de carrera. En desarrollo de esta norma constitucional nuestro Congreso de la República expidió la Ley 27 de 1992, norma que trajo grandes avances normativos como fue la reglamentación de la carrera administrativa para las entidades del nivel nacional y territorial, clasificó los empleos como de libre nombramiento y remoción y de carrera, asignó a las entidades la competencia para desarrollar los procesos de selección, conformó la Comisión Nacional del Servicio Civil y consagró un sistema de ingreso extraordinario a la carrera para los empleados del nivel territorial.

Por los diferentes vacíos que se encontraron en la Ley 27 de 1992, entre los cuales se destacaron la visible falta de competencia técnica de las entidades de crear un sistema técnico de administración de personal que le permitió iniciar la organización del empleo público y la administración de su talento humano, es aquí donde vemos que la administración no fue capaz de ponerse de acuerdo con sus funcionarios, para así lograr una correcta organización del personal que requería y poder estipular la remuneración de este; ya que todavía predominaba la cultura de privilegiar los intereses particulares sobre el mérito y la inexistencia de un sistema único de nomenclatura.

Lo cual hizo necesario la reforma que se concretó con la Ley 443 de 1998, que según la exposición de motivos presentados en el proyecto de ley se manifestó entre algunas consideraciones las siguientes: *“En desarrollo del proceso de reglamentación y aplicación de la normatividad de carrera administrativa, se han encontrado serios obstáculos, que limitan y dificultan la marcha y grado de implantación de la carrera en muchas organizaciones públicas, en veces originados por vacíos de*

carácter legal, y en otras ocasiones por deficiencias legales de tipo estructural que no han permitido un suficiente avance, particularmente en el nivel territorial.

Dentro de los aspectos que con mayor notoriedad merecen ser revisados por el legislativo, se encuentran los siguientes:

1. En un solo cuerpo normativo incluir la totalidad de las disposiciones relacionadas con la Carrera Administrativa, con el fin de brindar uniformidad y seguridad al intérprete.

2. Organización, funcionamiento y competencias de las Comisiones Nacional, distrital y departamentales del Servicio Civil.

3. Clasificación de los empleos que por excepción deben ser considerados como de libre nombramiento y remoción.

4. Vinculación a los empleos de carrera, en la medida que se hace necesario estudiar la realización de concursos generales para la obtención de listas de elegibles de aplicación prevalente por parte de los nominadores, dotando de mayor transparencia los procesos de selección.¹²

Ley que posteriormente fue derogada por el artículo 58, de la Ley 909 de 2004, con excepción de los arts. 24, 58, 81 y 82. Reglamentada por el Decreto Nacional 1572 de 1998. “*Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones*”. en su artículo 1º, definía la carrera administrativa como un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad en los empleos y la posibilidad de ascenso.

La anterior reforma buscó hacer más operativa la acción de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para lo cual modificó su composición y creó las Comisiones Departamentales y Distrital del Servicio Civil, la cual fue declarada exequible gran parte de su articulado con en la Sentencia C- 372 de 1999 de la Corte, que declaraba la inconstitucionalidad de la integración de la Comisión porque el ejecutivo, al encantarse participando en ella, se convertía en juez y parte de la administración y vigilancia de la carrera.

Finalmente con la Ley 909 de 2004, regulo el sistema de empleo público y carrera administrativa; y estableció los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública. Aporta esta norma los conceptos nuevos más amplios sobre la clasificación de las diferentes modalidades de vinculación con el Estado, concepto sobre planta global, que no se mencionada en la normas anteriores, dota de personería jurídica, patrimonio propio y de autonomía administrativa a la Comisión Nacional de Servicio Civil para que garantice el principio de mérito. Con esta norma el ingreso y la permanencia a los cargos de

¹² SECRETARIA JURÍDICA DISTRITAL DE LA ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. REGIMEN LEGAL DE BOGOTA D.C. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8466#0>

carrera se complementa con los siguientes tres factores: el mérito, la evaluación del desempeño y el cumplimiento de los deberes que se imponen a todo empleado público.

En tratándose de la falsa motivación, la legislación contenida en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, consagra la nulidad de los actos administrativos de carácter general, donde establece los presupuestos necesarios que se tiene que dar para que quien se crea con derecho acuda a la autoridad competente para pedir protección a su derecho que crea vulnerado.

Además el artículo 138 de la referida Ley, consagra *“la Nulidad y restablecimiento del derecho, para pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se restablezca el derecho; también podrá solicitar que se repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior¹³”*.

Por la vía Jurisprudencial y en varias oportunidades tanto La Honorable Corte, como el Consejo de Estado han tratado el tema de la provisionalidad, de la motivación del acto que desvincula a esta clase de empleados, de la nulidad de los actos administrativos y del tema indemnizatorio a que haya lugar, es así como retomaremos algunos de ellos para identificar el tema de interés.

La Jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre las garantías previas y las posteriores que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa, las previas se relacionan con aquellas garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras.

De otro lado, las garantías mínimas posteriores se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa.

En cuanto a la Jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia SU 917 de 2010, en sus consideraciones y después de valorar los diferentes casos que dieron lugar a la referida Sentencia, la Sala determino que los diferentes accionantes desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en diferentes entidades del Estado, y que al momento de su desvinculación los actos de retiro del cargo no fueron motivados.

¹³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Santa Fe de Bogotá D.C.: Diario Oficial 47.956 de enero 18 de 2011.

De acuerdo a esta línea jurisprudencial, la motivación del acto comprende un elemento de carácter constitucional que hacen parte del Estado de Derecho, del principio democrático, del principio de publicidad y como garantía del debido proceso, para que en conjunto se garantice el efectivo acceso a la administración de justicia, donde es importante resaltar que por regla general la Administración tiene la obligación de motivar los actos a través de los cuales pone en evidencia su actuar para con los ciudadanos, exponiendo las razones de hecho y de derecho de sus decisiones.

Importante decir que de tiempo atrás la Corte venía unificando criterios, en cuanto tiene que ver con la motivación de los actos que la Administración profiere en virtud de su actuar, es así como en la Sentencia SU-250 de 1998, La Sala Plena de la Corte por primera vez unificó su jurisprudencia, teniendo en cuenta varios puntos doctrinarios, de tal forma que la Corte explica que no se debe confundir la discrecionalidad con la arbitrariedad, para lo cual hace un paralelo entre los siglos XIX y XX donde en este último solo en casos excepcionales no se debe motivar los actos.

La Jurisprudencia de la Corte en diferentes y reiteradas pronunciamientos es clara en señalar, el deber inexcusable de la motivación de los actos por medio de los cuales se ordene el retiro de un empleado en provisionalidad en cargo de carrera administrativa, teniendo en cuenta lo anterior es claro tener en cuenta lo expuesto en la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, la cual reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los *empleos de carrera* es “*reglada*” y “deberá efectuarse mediante acto motivado”, mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia “*discrecional*” mediante “*acto no motivado*”¹⁴.

Importante tener claro, que a pesar de lo expuesto por la Corte, en cuanto al deber de motivar los actos que derivan como consecuencia el retiro de empleados en provisionalidad, esto no quiere decir que por tales exigencias, el empleado en provisionalidad tome las características de un empleado de carrera administrativa, dicho de tal forma, porque para llegar a configurarse de tal modo, tiene que haber una provisión del empleo, superar la etapa del concurso y por ende un periodo de prueba.

En tanto que motivar el acto es una obligación del nominador, es de vital importancia exponer las razones que lo llevan a desvincular a quien ejerce un

¹⁴ “Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...) Parágrafo 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. // La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”. Cfr., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

cargo en provisionalidad, esto con el fin de permitir al afectado decidir si acude o no ante la jurisdicción, con el fin de demandar la nulidad de dicho acto. De acuerdo a lo anterior la Corte hace referencia al principio de *“razón suficiente”* entendido de la siguiente forma *“para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”*¹⁵.

Razones que deberán ser diferentes a las que Constitucionalmente están establecidas para los empleados de carrera administrativa y que están encaminadas a brindar estabilidad del empleo, los motivos del acto que con llevan a la desvinculación de un empleado en provisionalidad deberán ser reales, ciertas y demostrables, las cuales se deben fundamentar en las razones de hecho y de derecho con el fin de no incurrir en causal de nulidad por falsa motivación.

La Sentencia T 204 de 2012, realmente no trae mucho de nuevo, recoge lo que anteriormente se había mencionado en la Sentencia de unificación, SU-917 de 2010, es decir retoma los presupuestos necesarios del deber de motivar los actos que el nominador profiera y que declaren la insubsistencia de un empleado en provisionalidad, esto con el fin de garantizar la libre decisión del ciudadano de acudir o no a la jurisdicción en virtud de demandar dichos actos.

Expone además, que las razones que motivaron el acto, deben contener un elemento identificador como lo es la *“razón suficiente”* para señalar que la motivación del acto deberá exponer los argumentos puntuales que describan de manera clara, detallada y precisa las razones a las que acude el ente público para retirar del servicio al funcionario. Un proceder distinto violaría el sustento constitucional que da origen a la necesidad de motivar las actuaciones de la administración y convertiría este requerimiento en un simple requisito inane y formal.

En este fallo es importante decir que, en cuanto a la contraposición que ha existido entre La Corte Constitucional y el Consejo de Estado, donde este último a partir del año 2003, unificó su posición, en cuanto a permitir la declaratoria de insubsistencia de funcionarios en provisionalidad sin que sea necesidad la motivación del acto, de lo cual se deriva inseguridad jurídica al permitir que funcionarios tanto administrativos como judiciales emitan decisiones que vulneran el ordenamiento jurídico netamente constitucional, si se tiene en cuenta que *“la Corte Constitucional es órgano de cierre en materia de derechos fundamentales”*¹⁶

En Sentencia de unificación SU-556 de 2014, en esta oportunidad la Honorable Corte, hace reiteración en el deber de motivar los actos de retiro de aquellos empleados en provisionalidad en entidades del Estado, garantizando así los

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

¹⁶ Ver sentencias C-086 de 1995, SU 640 de 1998, Sentencia C-590 de 2005, C-713 de 2008, y artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política

Principios de carácter constitucional como son el Estado de Derecho el principio democrático, el principio de publicidad, y el derecho al debido proceso.

En cuanto a la estabilidad laboral relativa de los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, siguiendo la línea Constitucional y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 125, el cual regula el ingreso, ascenso y retiro de la función pública, el cual además establece las modalidades de vinculación con el Estado. Ingreso que por regla general se hace a través de concurso de méritos, por medio del sistema de carrera.

Además del orden constitucional, y teniendo en cuenta lo anterior la Corte en mencionada jurisprudencia, reitera lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, por medio del cual define la carrera administrativa como “(...) *un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.*”¹⁷

Ley que así mismo determina, “*que los cargos de libre nombramiento y remoción son aquellos a los que se le asignan funciones de dirección, conducción y orientación institucional en la adopción de políticas y directrices, que impliquen confianza al corresponderles funciones de asesoría institucional, o cargos que envuelvan la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado*”¹⁸.

Teniendo en cuenta lo anterior, y lo definido por la Corte, se puede evidenciar de un lado existen los empleados de carrera, que cumplieron y superaron todas y cada una de las etapas del concurso de méritos para acceder a dicha prerrogativa, por lo tanto gozan de una estabilidad laboral reforzada, de otro lado existen los empleados de libre nombramiento y remoción cuyo fin es desempeñar cargos de dirección, confianza que por ende dependen de la discrecionalidad del nominador para ser separados del cargo ya que éste decide, con base en consideraciones “*intuito personae*”, Así las cosas, diferente se predica de aquellos servidores cuyo cargo de carrera lo ostentan en provisionalidad, lo cual no hace equivalencia a un cargo de carrera como tal, dicho así, es de señalar que la estabilidad que aplica para estos casos es una estabilidad relativa. “*Es entonces, en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la*

¹⁷ Sentencia de unificación SU-556 de 2014, Corte Constitucional.

¹⁸ Artículo 5 de la Ley 909 de 2004.

*estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos”.*¹⁹

Para la Corte, si bien es cierto y después de haber analizado todos los presupuestos, que dieron lugar a la separación del cargo de un servidor público en cargo de carrera que ostenta la calidad de provisional, lo cual con lleva a ordenar la nulidad del acto de retiro, como mecanismo para la protección de los derechos a la estabilidad laboral, a la igualdad y al debido proceso.

Importante señalar que teniendo en cuenta los presupuestos ya mencionados, se suma en este fallo algo importante y es el acoger por parte de la Corte; la tesis dada por El Consejo de Estado, en lo que tiene que ver con *“la orden relativa al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, debía acompañarse con una previsión sobre la necesidad de descontar de dicho pago lo que la persona desvinculada hubiese percibido del Tesoro Público por concepto del desempeño de otros cargos públicos durante el tiempo que estuvo desvinculada, por considerar que sólo así se ajustaba la orden al artículo 128 Superior”*²⁰.

Posteriormente en el año 2015, La Corte profiere nuevos fallos, Sentencias SU-053 y SU-054 de 2015, la Corte se pronunció sobre varias acciones de tutela instauradas contra providencias judiciales mediante las cuales no se anularon los actos administrativos que retiraron del servicio a servidores públicos, sin motivación. En esta oportunidad la Corte retoma lo dicho en la Sentencia SU 556 de 2014, sobre el tema indemnizatorio.

Por su parte el Consejo de Estado, hace una diferenciación en cuanto al deber de motivar los actos que declaran la insubsistencia de un empleado en provisionalidad, es así como hace un paralelo con la legislación anterior a la Ley 909 de 2004, es decir la Ley 443 de 1998 y el Decreto 1572 de 1998.

Es así como *“el empleado nombrado en provisionalidad no goza de ninguna estabilidad, pues su nombramiento y desvinculación se realiza en virtud de la facultad discrecional del nominador. En ese sentido la entidad administrativa puede desvincular a sus funcionarios sin observar ningún procedimiento previo, ni motivación expresa, al presumirse con dicho acto el mejoramiento del servicio”*²¹.

En virtud de lo anterior, en Sentencia del 12 de Febrero de 2004, el Consejo de Estado, considero que los empleados nombrados en provisionalidad, podían ser retirados del cargo discrecionalmente, equiparando por igual a estos empleados

¹⁹ Ver Sentencia SU-556 de 2014

²⁰ Ibid.

²¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 443 (11, junio, 1998). Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones. Santa Fe de Bogotá D.C.: Diario Oficial 43.320.

con los demás de libre nombramiento y remoción, según se entiende en su providencia, *"En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados"*²².

El Consejo de Estado, en diferentes pronunciamientos, ha señalado que los motivos del acto constituyen su fundamento de legalidad, que si las razones que expresa el acto, no son reales, no existen, están distorsionadas, llevan a viciar el acto por falsa motivación. Es decir que el vicio afecta el elemento causal de la decisión. Debe existir relación entre los antecedentes de hecho y de derecho. En ese contexto quien impugna el acto, debe demostrar que lo expresado en el acto, no corresponde a la realidad.

Así, un fallo reciente de la Sección Cuarta explicó que para la prosperidad de la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario demostrar una de dos circunstancias:

"Que los hechos que la administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa.

*Que la administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente"*²³

²² Sentencia del 12 de Febrero de 2004

²³ Consejo de Estado Sección Cuarta, Sentencia 25000232700020110039201 (20197), Sep. 28/16

PRIMERA PARTE

Esta primera parte se estructura en dos capítulos, en los cuales se planteara en el primero de estos el tema fundamental para determinar cuando la ilegalidad derivada de la falsa motivación, frente a los actos administrativos, con relación a la desvinculación de un empleado en provisionalidad, se genera por el actuar de los agentes del Estado, y su relación frente a la discrecionalidad o la desviación del poder.

El capítulo dos, tratara el acto administrativo como instrumento de operatividad de la administración pública, trayendo a colación diferentes puntos de vista de doctrinantes en el derecho comparado de esta forma entrar a dilucidar la definición del acto administrativo, y así mismo desplegar la importancia de la motivación su concepto y finalidad, hablar igualmente de la expedición en forma irregular por falta de motivación, para terminar explicando la motivación ligada al principio de legalidad.

CAPITULO I

9. LA FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO, CAUSAL DE NULIDAD, POR ACCIÓN U OMISIÓN DE LOS AGENTES DEL ESTADO.

En el desarrollo del presente capítulo se busca determinar cuando la ilegalidad del acto administrativo derivada de la falsa motivación, está relacionada con la responsabilidad de los empleados públicos, generada por la acción o la omisión en ejercicio de sus funciones, en lo que tiene que ver con la desvinculación de los empleados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.

De acuerdo a lo anterior, es preciso definir varios puntos a saber, como son; la falsa motivación como vicio del acto y la acción u omisión de los agentes del Estado.

Sea importante indicar que el Acto Administrativo dentro del actuar del Estado, constituye una pieza fundamental para la consecución y materialización de los fines esenciales, elemento valioso dentro de la gestión administrativa por excelencia, es el medio de medios, toda vez que nuestro Estado Colombiano requiere de él para ejercer o hacer uso de muchos de los restantes y de llevar a la práctica o hacer efectivos sus demás actos jurídicos, de allí que en palabras de tratadistas como JEAN RIVERO *“constituya el modo de acción normal o tipo de la*

*administración, el más utilizado en la práctica y el más característico desde el punto de vista material”.*²⁴

9.1. LA FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO, PRESUPUESTO DE NULIDAD.

Para entender en que consiste la falsa motivación, es preciso primero tener una noción sobre la motivación del acto, según lo plantean algunos tratadistas, al citar la Corte Constitucional en los siguientes términos *“el motivo hace referencia a la común mente conocida teoría de la causa, la cual, más que en un problema jurídico, se convierte en una extensa discrepancia filosófica. Sin embargo para exponer una idea sobre ella podríamos entenderla como el móvil o motivo determinante de la realización del acto administrativo y básica para garantizar el debido proceso y la defensa de las personas relacionadas con la administración, al igual que la transparencia en la actividad pública”*²⁵.

Es decir, quien profiere el acto, tiene el deber de exponer de forma clara, precisa y razonada los motivos que llevaron a la vida jurídica dicho acto, motivos que permitirán al asociado acudir a la administración de ser necesario, o en caso tal acudir a la jurisdicción contenciosa a solicitar se determine la validez de dicho acto, en virtud al principio constitucional de publicidad y por ende al debido proceso.

Teniendo en cuenta que las causales de nulidad de los actos administrativos, se encuentran taxativamente descritas en la norma, es importante decir que la falsa motivación es entendida como uno de los vicios que afecta la legalidad del acto.

Para hablar de la falsa motivación, la legislación contenida en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, consagra la nulidad de los actos administrativos de carácter general, donde establece los presupuestos necesarios que se tienen que dar, para que quien se crea con derecho, acuda a la autoridad competente para pedir protección a su derecho que considera vulnerado, en consecuencia:

“Artículo 137. Nulidad. *Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.*

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento

²⁴ Citado por GUECHA MEDINA CIRO NORBERTO, Derecho procesal administrativo, Cuarta edición, Grupo editorial Ibáñez, 2016, p.259

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-250 del 26 de mayo de 1998. Citada por Santofimio Gamboa, Jaime Orlando 1959. Compendio de Derecho Administrativo. Bogotá Universidad Externado de Colombia. 2017.543 p.

*del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió...*²⁶

Además el artículo 138 de la referida Ley, consagra *“la Nulidad y restablecimiento del derecho, para pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se restablezca el derecho; también podrá solicitar que se repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior*²⁷”.

De acuerdo con lo anterior, para algunos tratadistas, los vicios que afectan la legalidad del acto, tienen una doble connotación, es decir, por un lado vicios de fondo y por otro vicios de forma, es así como *“el vicio de forma hace referencia a aquellos que afectan el ámbito externo del acto, los cuales afectan la competencia, y en especial, el desconocimiento del debido proceso, y el derecho de audiencia y de defensa”*.²⁸, entendidos de tal forma que, son vicios que presentan irregularidades en su expedición, contenido y estructura formal.

Los vicios de fondo se refieren, a las irregularidades que tiene el acto en su esencia como tal, como es el objeto, sus motivos, su finalidad, determinando una vulneración del ordenamiento jurídico establecido. Una de las causales de ilegalidad de los actos administrativos, *“es la falsa motivación del acto, causal que encuadra dentro de los vicios de fondo”*²⁹, la cual explicaremos más detenidamente.

En tratándose la falsa motivación del acto administrativo, la doctrina francesa y posteriormente la colombiana, llegan a la conclusión que los motivos de anulación del acto, no son únicamente del ámbito objetivo, dando lugar a la aplicación de los motivos de carácter subjetivo.

Es así como para el profesor JEAN RIVERO, al referirse al control de motivos de los actos administrativos, expresa que *“en principio, se busca la conformidad de los mismos con el derecho; que pareciera que los motivos que originan los actos administrativos fueran del resorte discrecional de la Administración y que por tal escaparían del control jurisdiccional; pero esto no es del todo así, porque es muy difícil delimitar el campo de fundamentos de hecho del acto y el derecho mismo, porque en muchas ocasiones la Administración no puede proferir un acto, sino cuando la situación de hecho existe”*³⁰

²⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 (18, enero,2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Santa Fe de Bogotá D.C.: Diario Oficial 47.956 de enero 18 de 2011.

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ SANTOFIMIO GAMBOA JAIME ORLANDO, Tratado de derecho administrativo, tomo I, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p.356

²⁹ GUECHA MEDINA CIRO NORBERTO, Derecho procesal administrativo, Cuarta edición, Grupo editorial Ibáñez, 2016, p.330

³⁰ *Ibíd.* p.259

La falsa motivación de los actos administrativos, para algunos doctrinantes, puede darse por dos causas específicas como son: la ausencia de los motivos o el error en los motivos que dieron origen al acto. Según lo dispone nuestro ordenamiento jurídico, existe el deber de motivar todo acto que crea, modifica o extingue una situación jurídica, y para el propósito que nos ocupa debemos centrar la mirada en el error de esos motivos, considerando la falsa motivación como causal de nulidad del referido acto.

Entendida la falsa motivación, como uno de los motivos o causales de impugnación de los actos administrativos, es importante señalar que motivar el acto es una obligación del nominador, es de vital importancia exponer las razones de hecho y de derecho apuntando a la realidad fáctica que lo llevan a crear un situación jurídica, es decir que la existencia real de esos motivos, permiten determinar si estamos frente a una falsa motivación del acto, lo cual determina la legalidad o ilegalidad del mismo.

Según lo plasma, el catedrático Palacio Hincapié, no era posible el control jurisdiccional de los motivos del acto, por considerar que el juez no podía adentrarse en las razones de oportunidad y conveniencia que permiten tomarla. Sin embargo en nuestra legislación colombiana se contempla de forma taxativa la falsa motivación, esto con el fin de determinar si dichos motivos son reales, existen, o por el contrario se fundamentan en apariencias, que lo único que buscan es lesionar un bien jurídico determinado.

*“La falsa motivación, es un vicio que invalida el acto administrativo cuando no existe correspondencia entre la decisión que se adopta y la expresión de los motivos que en el acto se aducen como fundamento de la decisión”.*³¹ De acuerdo a lo anterior, es preciso señalar, que la motivación del acto administrativo es fundamental, y que dicha obligación recae sobre el nominador, quien está en el deber legal de expresar los fundamentos de hecho y de derecho que lo llevan a proferir el acto. En este caso las razones que lo llevan a desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad, de esta forma permitir que el afectado decida si acude o no ante la jurisdicción, con el fin de demandar la nulidad del referido acto.

En la antigüedad no se contemplaba, el control jurisdiccional de los motivos del acto, fue en la medida que el Legislador incluyó la falsa motivación, la que permitió hacer efectivo tal control, con el fin de evitar que se generara arbitrariedad o la expedición de actos con motivos inexistentes o basados en una realidad ficticia.

Para el tratadista MANUEL MARIA DIEZ, quien enseña sobre la motivación de los actos administrativos, para lo cual indica que se deben distinguir dos elementos: 1) Los hechos y consideraciones que sirven de fundamento al acto y

³¹ PALACIO HINCAPIE JUAN ANGEL, Derecho procesal administrativo, Novena edición, Librería Jurídica Sánchez R Ltda. 2017, p 331

se relacionan tanto a la oportunidad del acto como a su legalidad y, 2) la correspondencia de la motivación con la materia reglada por el acto.

En el primer evento, dice el autor, al citar a Stassinopoulos, cuando la motivación se refiere a la oportunidad del acto “debe mencionar los hechos concretos y la importancia que la administración le acuerde, como también la influencia que esos hechos han tenido sobre el ejercicio del poder discrecional; y cuando se relaciona con la legalidad, puede contener “1) un desenvolvimiento del sentido de la ley, de acuerdo con la interpretación dada por el autor del acto; 2) una afirmación de la constatación de los hechos que constituyen la condición para que la aplicación de la ley haya tenido lugar; 3) una afirmación de que estos hechos han sido sometidos a una calificación jurídica apropiada.

Y en cuanto al segundo elemento, precisa que la correspondencia de la motivación varía según la clase de motivos invocados: *“1) si los motivos se relacionan con la interpretación de la ley deben contener la manifestación del autor del acto sobre el sentido de la ley. (...); 2) si se trata de motivos relacionados con la constatación de hechos, la correspondencia existe si se formulan las razones que conforman esa constatación; 3) si la motivación se relaciona con la calificación jurídica del hecho, la sola mención de la calificación adoptada no es suficiente, porque no es sino la conclusión y no el motivo; 4) si el motivo tiene por objeto demostrar el ejercicio correcto del poder discrecional, la correspondencia necesaria del mismo con la conclusión del acto motivado, existe si el acto hace mención de los hechos y de las consideraciones a las que el autor otorga una importancia fundamental.”*³²

En consideración con la jurisprudencia del Consejo de Estado, en su sección primera, este indico que *“los motivos de un acto administrativo constituyen uno de sus fundamentos de legalidad, a tal punto, que cuando se demuestra que estas razones que se expresan en el acto, como fuente del mismo, no son reales, no existen o están distorsionadas, se presenta un vicio que invalida el acto administrativo, llamado falsa motivación.*

*Por ello, explicó que el vicio de nulidad es el que afecta el elemento causal de la decisión, relacionado con los antecedentes de hecho y derecho que facultan su expedición y, por ello, el impugnante tiene la carga de demostrar que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad*³³

Para la sala, la falsa motivación del acto administrativo se presenta cuando se dan los siguientes presupuestos: *“a) Se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública. b) Los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien*

³² Manuel María Díez. “El Acto Administrativo”. Tipográfica Editora Argentina S.A. Buenos Aires. 1993.

³³ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 25000232400020080026501, abr. 14/16

sea por error o por razones engañosas o simuladas. c) Porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen. d) Porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión (C.P. María Claudia Rojas Lasso)". ³⁴

Tomando como referente la jurisprudencia antes mencionada, es preciso indicar que la legalidad del acto está dada por varios presupuestos, en este caso hablamos de los motivos que permitieron sustentar la decisión de quien lo profirió, indicando además que estos deberán ser reales, deben existir y no estar distorsionados, evitando de este modo caer ante una falsa motivación lo cual invalidaría el acto administrativo, indilgando a quien pretende impugnarlo demostrar que está viciado por lo tanto acudir a quien corresponde a solicitar su nulidad y por ende sacarlo de la vida jurídica definitivamente.

La sección cuarta del Consejo de Estado, ha señalado que la falsa motivación, es una causal autónoma e independiente, que está relacionada directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión de la administración. Estableciendo además que *"es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente"*.³⁵

De lo anterior se desprenden dos presupuestos importantes a la hora de determinar si se está, frente a un acto administrativo expedido, bajo la causal de nulidad por falsa motivación, en el primero; los hechos no fueron debidamente probados dentro de la actuación de la administración, es decir no se demostró la realidad fáctica que llevo a generar, modificar o extinguir una situación jurídica.

En el segundo, a pesar de contar con la veracidad de los hechos, la administración no los tuvo en cuenta al momento de proferir el acto administrativo, lo cual implica que está tomando una decisión que vulnera el principio de legalidad.

En consideración, El Consejo de Estado, en diferentes pronunciamientos, ha señalado que los motivos del acto constituyen su fundamento de legalidad, que si las razones que expresa el acto, no son reales, no existen, están distorsionadas, llevan a viciar el acto por falsa motivación. Es decir que el vicio afecta el elemento causal de la decisión. Debe existir relación entre los antecedentes de hecho y de

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ Consejo de Estado. Sección 4. 23 de junio de 2011. Rad. 11001-23-27-000-2006-00032-00(16090). C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

derecho. En ese contexto quien impugna el acto, debe demostrar que lo expresado en el acto, no corresponde a la realidad.

10. RESPONSABILIDAD DEL SERVIDOR PÚBLICO, POR ACCIÓN U OMISIÓN EN LAS ACTUACIONES DEL ESTADO.

Para entrar a enmarcar la responsabilidad del servidor público, es preciso decir que con la entrada en vigencia de la Constitución Política del 1991, en su artículo 90 el cual dispone que *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. ³⁶”

“En la Asamblea Nacional Constituyente se presentaron veintiséis proyectos relacionados con el tema de la responsabilidad del Estado y/o del funcionario, pero no todos fueron antecedentes directos de la norma constitucional consagrada en el artículo 90. Sin embargo, durante los debates se evidenció la necesidad un artículo que regulará el tema de la responsabilidad del Estado de manera “concreta, directa y objetiva” ³⁷

Al esbozar como se configura la responsabilidad del Estado, es importante decir que a partir de 1991, se elevó a rango constitucional, dando especial protección a los derechos y garantías de los administrados, e imponiendo derechos y deberes a las dos partes, es decir tanto particulares, como servidores públicos, esto es a partir del artículo 6, enlazado con el artículo 90 de la misma Constitución Política el cual establece *“Responsabilidad patrimonial del Estado y acción de repetición”*³⁸.

Por consiguiente citando la Corte Constitucional, la cual expresa que *“El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente. Al ciudadano cuando acude a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en demanda de justicia, no le interesa tanto obtener una declaración de nulidad de un acto administrativo como si la*

³⁶ GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia. 31 ed. Bogotá D.C. Colombia. Leyer 2013. 53 p. (s.f.).

³⁷ Portocarrero, 1991.

³⁸ GÓMEZ SIERRA, Op.cit., p.138 a 149.

*imposición de una condena al Estado para que se le indemnice integralmente una lesión o daño antijurídicos”.*³⁹.

Donde además, según dispone el artículo 90 constitucional, el Estado en el evento de ser condenado por uno de tales daños, desplegado de la conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes, este deberá repetir contra el servidor.

Para el caso debemos precisar que el citado artículo es muy amplio, en el sentido que consagra un régimen general de responsabilidad, no hace diferencia en cuanto a la fuente de la responsabilidad del Estado, es decir si se trata de responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual, responsabilidad derivada de un acto administrativo, expresa que la responsabilidad por la cual el Estado debe responder; es de carácter patrimonial derivada de los daños antijurídicos que le sean imputables, entendidos como daños antijurídicos aquellos que el individuo no está obligado, o en capacidad de soportar, que dichos daños pueden ser causados por el actuar o por la omisión en el deber de cumplir sus funciones por parte de las autoridades públicas.

Adicionalmente la amplitud del mencionado artículo, otorga al Estado la facultad de repetir contra el funcionario que por acción u omisión haya causado algún daño antijurídico, lo cual quiere decir que existe responsabilidad por parte de los funcionarios, para entender a que hace referencia esta clase de responsabilidad es preciso ver cuál ha sido la evolución de la teoría, para el tratadista BUSTAMANTE LEDESMA, es preciso señalar en su obra de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, plantea el interrogante de si *“los servidores públicos deben responder por los daños que causen a los particulares por actos cometidos en razón de sus funciones”*.⁴⁰

En virtud de la legislación anterior, explica el tratadista, que inicialmente se acogió la tesis negativa, posteriormente surgió una posición opuesta, la cual dispone que la responsabilidad aplica a cualquier daño que el servidor público ocasione. Además hace referencia a la tesis, (eclectica), que aplica la jurisprudencia francesa, en la cual se afirma que ninguno de esos extremos permite llegar a decisiones equitativas y saludables, tanto para la administración pública como para sus agentes.

De lo anterior explica el autor que se llegó a una solución intermedia, en la cual por una parte; si se deja de lado totalmente la responsabilidad que se le atribuye al servidor público se estaría frente a una violación al principio de legalidad, además se presentaría negligencia en el despliegue de sus funciones y por ende

³⁹ Sentencia C 832 de 2001, MP. Beltrán Sierra Alfredo

⁴⁰ BUSTAMANTE LEDESMA ÁLVARO, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, Segunda edición, Leyer, Bogotá D.C. Colombia, p. 193

se estaría viciando la actuación de la administración, y por la otra; si se consagra una responsabilidad inflexible, más de carácter fuerte, que no de prerrogativas, esto por el contrario llevara al funcionario a sentirse desmotivado, a dudar en la toma de decisiones en el despliegue de sus actividades, y por lo tanto la calidad del servicio se verá afectada.

Para ir más a la actualidad, es preciso seguir a GIL, BOTERO, Ex comisionado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ministro de Justicia y del Derecho. En su obra expresa que *“Fue así como el advenimiento de la Constitución de 1991, pacto de convergencia de plurales fuerzas políticas y de representatividad de la más amplia base heterogénea, reunidas en una asamblea nacional constituyente, dio una nueva bitácora que regula la conducta de los colombianos sobre unas bases filosóficas de principios, valores y dogmas, y uno de ellos que es de cardinal de principio a fin en el texto constitucional, sin lugar a dudas, lo constituye el referente a la dignidad de que da cuenta el artículo 1º, como quiera que permite estructurar que en todo ámbito del derecho el hombre es la figura central”*⁴¹

Es importante decir que con la entrada en vigencia de la Constitución del 91, se dio inicio a una era de garantismo, de valores y de principios, donde el eje fundamental sin lugar a dudas es el hombre, el individuo o las personas que hacen parte del conglomerado social.

Explicando el autor, que siguiendo la teoría Kantiana *“Por ello cada uno es responsable de su acción: si yo hice algo debo asumir la responsabilidad.”*⁴². En los últimos años, el fundamento normativo de la responsabilidad ha ido más allá de lo dispuesto internamente en el texto constitucional, para abrir espacio a lo consagrado en los diferentes tratados internacionales ratificados por nuestro país; en materia de derechos humanos, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 93 de La Constitución Política, el cual expresa que:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia...⁴³”

Dado que en la actualidad, el régimen de la responsabilidad está consagrada tanto Constitucionalmente, como en el bloque de constitucionalidad, para el tratadista GIL BOTERO, en su obra, explica cuál es el daño indemnizable en la

⁴¹ GIL, BOTERO ENRIQUE. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Séptima edición. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia 2017. Pág. 8.

⁴² Ibid. p. 10.

⁴³ GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia. 31 ed. Bogotá D.C. Colombia. Leyer 2013. 152 p. (s.f.).

responsabilidad del Estado, abriendo paso a un nuevo concepto en el campo del derecho, importante resaltar que lo fundamental gira en torno al daño, *“bajo la premisa de la no causación del mismo, teniéndosele como principio general en materia de responsabilidad patrimonial”*⁴⁴. Donde la premisa principal busca reparar a quien se le causo un perjuicio, una merma injustificada por el actuar de quien tenía a cargo la responsabilidad de protegerlos.

Plantea el autor que la directriz del sistema de responsabilidad patrimonial actualmente está dada por el daño; lo anterior encadenado tanto por la vía jurisprudencial, doctrinaria y por supuesto la Ley, tanto así que la doctrina exige se unifique criterios que conduzcan a un mismo objetivo, de acuerdo a lo anterior, dicha unificación va más allá, queriendo decir que si el daño se causó por un hecho lícito o ilícito, la reparación a ese individuo el cual se le disminuyo o restringió su derecho debe ser indemnizado, que más aun de castigar a quien causo el perjuicio, lo que se busca es poder reparar a la víctima, todo entendido bajo el criterio de la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano.

De acuerdo a la evolución que ha tenido el mundo del derecho, es preciso enfocar dichos avances hacia la sociedad, de acuerdo con las diferentes situaciones y comportamientos que cotidianamente se presentan, es así como *“... la tarea fundamental de quienes hoy estudian el derecho, consiste en replantear los esquemas jurídicos, para establecer si se adecuan a los comportamientos y modificaciones estructurales de la sociedad”*, teniendo en cuenta la realidad social, advierte el autor que *“la concepción culpabilista de la responsabilidad patrimonial correspondió, sin lugar a dudas al desarrollo histórico de la época, en contraposición encontramos hoy el daño, entendido no como aquel que se causa, tenido como principio general en el tema de responsabilidad patrimonial. Es así como la prioridad no es buscar un culpable para sancionarlo, sino comprender y reparar a la víctima por el mal injustamente sufrido”*⁴⁵.

Mal injustificado causado a quien no está en el deber legal de soportarlo, lo cual se traduce en daño, retomando al tratadista HENAO, quien en uno de sus artículos lo define de la siguiente forma *“daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar jurídicamente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil-imputación y fundamento del deber de reparar- se encuentran reunidos”*.⁴⁶

⁴⁴ GIL BOTERO, Op.cit.,38

⁴⁵ GIL, BOTERO ENRIQUE. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Séptima edición. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia 2017. Pág. 33. (s.f.).

⁴⁶ HENAO, JUAN CARLOS. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado*. Revista de Derecho Privado. No.28. enero-junio de 2015. P. 280.

El artículo 90 Constitucional, indilga responsabilidad patrimonial al Estado, y enfoca dicha responsabilidad por la acción u omisión de uno de sus agentes, donde el Estado es quien debe responder, este tiene la facultad de repetir contra dicho servidor, de tal modo, que a la luz del mencionado artículo, podemos inferir que; estamos frente a una responsabilidad patrimonial del Estado, cuando uno de sus agentes, obra con desviación de poder, expide un acto administrativo con vicios en su motivación, cuando utiliza falsa motivación desviando la realidad, ocultando los verdaderos hechos que fundamentan dicha decisión, todo con el fin de causar un perjuicio irremediable a quien no está en el deber de soportarlo, de modo que, al causar este daño, el Estado está en la obligación de repararlo.

10.1. QUÉ HERRAMIENTAS ENCONTRAMOS FRENTE A LA FACULTAD OTORGADA CONSTITUCIONALMENTE, A PARTIR DEL ARTÍCULO 90.

El Estado, entendido como una organización socio-política, estructurado en las tres ramas del poder público, con el fin de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados Constitucionalmente, enmarcado en la institucionalidad, independencia y autonomía de sus órganos que las integran, lo cual hace necesario que a través de personas naturales que adquieren el carácter de agentes, funcionarios o servidores públicos, y que una vez adquieren dicha calidad, a través de sus actuaciones relacionadas con el servicio, estas le son imputados al ente jurídico estatal, el cual se ve reflejado en sus entes del orden central y descentralizados, reconocidos en el marco de la Constitución y la Ley.

Esto para entender de donde deviene la responsabilidad de aquellos que llamamos, agente, funcionario o servidores, una vez enfocado el tema de la Institucionalidad, es importante resaltar como antecedente a la Constitución Política de 1991, que el afectado tenía la posibilidad de demandar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a la entidad, al funcionario, o en su defecto a ambos, por lo cual el legislador dispuso lo consagrado, en el artículo 78, del Decreto 01 de 1984, de lo anterior se desprende la acción de repetición; cuando la entidad condenada a reparar a quien había afectado, esta tenía la posibilidad de repetir contra aquel funcionario por lo que le correspondiera.

Con la entrada en vigencia de La Constitución Política del 91, en su artículo 90, el constituyente busco establecer también la posibilidad, que aquella entidad condenada a reparar patrimonialmente a la víctima, pueda repetir contra el agente; cuya conducta dolosa o gravemente culposa, genero la condena por parte de la

Jurisdicción Contenciosa Administrativa, así las cosas más adelante, el legislador vio la necesidad de reglamentar “*la acción de repetición*”⁴⁷

Ley que define la acción de repetición en su artículo 2°, *como una acción civil de carácter patrimonial*, acción que faculta a la entidad condenada por los daños antijurídicos, causados por la conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes, agente cuyo alcance se puede clasificar en tres aspectos a saber; uno que sea un servidor activo, dos un ex servidor público o tres un particular investido de la función pública.

Además el mencionado artículo enmarca que dicha responsabilidad se desprenda de una condena, una conciliación, u otra forma de terminación de un conflicto, encontrando además que este *servidor, ex servidor público, o particular que ejerza función pública, podrá ser llamado en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición*, tal como lo dispone en su inciso final, de tal modo, que haciendo un comparativo con el artículo 90 Constitucional, podemos decir que la Ley amplía aquellos aspectos de carácter general que fueron enmarcados dentro de la responsabilidad por parte del constituyente.

Mientras la Ley la define como una acción civil, La Honorable Corte, determino la naturaleza jurídica de la acción de repetición como “el medio judicial [idóneo] que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o ex funcionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado”. *Importante decir que, además de determinar cuál es la naturaleza jurídica, La Corte Constitucional, señalo que la finalidad de la acción incluye el interés público, el cual busca la protección integral del patrimonio público, buscando garantizar los fines del Estado y la satisfacción de los intereses generales, para lo cual hoy es preciso decir que no hablamos de interés público si no de interés general, el cual se constituye como el fundamento de toda actuación administrativa.*⁴⁸

Para el autor RUIZ, WILSON 2007, considera que la acción de repetición está cargada de ciertas características: primera, que es una acción judicial, que tiene carácter autónomo, puesto que surge una vez la entidad ha sido condenada, que existe una sentencia en firme, de lo cual se desprende una obligación cierta a cargo de la entidad, segunda; que tiene carácter civil puesto que no se trata de

⁴⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 678 (03, agosto, 2001). Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”. Santa Fe de Bogotá D.C.: Diario Oficial 44.509 de enero 04 de 2001.

⁴⁸ Sentencia C 619 de 2002. M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA

una responsabilidad penal o disciplinaria del funcionario, más bien se deben asumir las consecuencias patrimoniales de un acto, por una acción u omisión de un funcionario, o un hecho generador de una afectación, donde las consecuencias las debe asumir con su propio pecunio, para resarcir el daño antijurídico causado.

Posteriormente con el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagro en su artículo 142, la acción de repetición de la siguiente forma *“Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.....”*⁴⁹. Nótese que de todo punto de vista, sea Constitucional, Legal, Jurisprudencial, o Doctrinante, el fin perseguido es el resarcitorio, en el cual el principal elemento es la víctima, permitiendo que el Estado a través de la acción de repetición, o al llamamiento en garantía, pueda dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado.

Lo que antecede, para retomar lo planteado por la Honorable Corte en su Sentencia C 619 de 2002, donde expone que, el fundamento jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado, se sustenta en el Principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, y el fundamento jurídico de la responsabilidad patrimonial de los agentes frente al Estado, es el de garantizar el patrimonio económico Estatal, y que este debe ser protegido, todo con el fin de garantizar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado Social de Derecho.

De lo anterior podemos inferir que, prima fundamentalmente el ciudadano, o aquella persona a la cual se le han vulnerado sus derechos, aquella víctima a la cual se le causo un daño antijurídico, el cual no está en deber de soportarlo, que se debe resarcir, indemnizar por los perjuicios causados, garantía constitucionalmente consagrada, teniendo en cuenta que la Constitución Política del 91, tiene carácter garantista, donde el eje fundamental es el ser humano como tal.

Vale la pena resaltar que, además de la importancia que constitucionalmente se le ha dado a la acción de repetición, la Honorable Corte Constitucional, ha venido trabajando el tema, para lo cual ha señalado ciertos requisitos de procedibilidad, que se deben tener en cuenta al momento de utilizar este medio de impugnación, como ha sido denominado: *“(i) que la entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños*

⁴⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Santa Fe de Bogotá D.C.: Diario Oficial 47.956 de enero 18 de 2011.

antijurídicos que con su acción u omisión ha causado a un particular; (ii) que se encuentre claramente establecido que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex-funcionario público; y (iii) que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de dinero fijada por el juez contencioso en la sentencia de condena”⁵⁰.

Teniendo en cuenta las líneas que anteceden, se puede destacar que La Corte ha realizado una unificación, de lo que se ha venido trabajando en La Constitución, la Ley, la doctrina, para llegar a concluir que según lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, la Constitución Política establece que:

Artículo 6. *“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”⁵¹*

Lo anterior, estrechamente relacionado con el Código General Disciplinario, el cual establece en su Capítulo III, artículo 25 cuales son los destinatarios de la Ley disciplinaria *“Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en esta ley.....”⁵²*

“Al ciudadano cuando acude a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en demanda de justicia, no le interesa tanto obtener una declaración de nulidad de un acto administrativo como si la imposición de una condena al Estado para que se le indemnice integralmente una lesión o daño antijurídico”⁵³. Donde además, de acuerdo a lo que dispone el artículo 90 constitucional, el Estado en el evento de ser condenado por uno de tales daños, desplegado de la conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes, este deberá repetir contra el servidor.

Según lo plasmado en los diferentes escenarios Constitucionales, legales, académicos, doctrinales, se puede entender que el daño entendido como la causación o merma tanto en lo material o inmaterial que sufre un particular, o también una entidad pública en alguno de sus derechos, generando pérdida del equilibrio, el cual no se está obligado a soportar, debe ser resarcido por quien lo causó, permitiendo al o a los afectados, hacer uso de las diferentes herramientas dispuestas para tal fin.

En cuanto al artículo 209, Constitucional *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los*

⁵⁰ Corte Constitucional Sentencia C 619 de 2002

⁵¹ GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia. 31 ed. Bogotá D.C. Colombia. Leyer 2013. 11 p. (s.f.).

⁵² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1952 (28, enero, 2019). Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario. Santa Fe de Bogotá D.C.: Diario Oficial 50.850 de enero 28 de 2019.

⁵³ Sentencia C. 862 de 2001.

principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”⁵⁴.

Así como lo expone La Corte Constitucional: *“Cuando el servidor público no sólo deja de ser la herramienta eficaz para el logro de los fines, sino que, mediante actuaciones que no cumplan los principios enunciados de “de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” (art. 209 de la Carta), nace para el Estado el derecho de controlar, a través de la jurisdicción contencioso administrativa, tanto el acto o contrato administrativo en que quedó plasmada la actuación del servidor público en violación de los fines últimos del Estado, como su responsabilidad desde los demás ámbitos, penal, civil, disciplinario, laboral”⁵⁵*

Es importante no olvidar el aspecto diferenciador del cual se desprende la responsabilidad de una parte del Estado y de otra por ende de sus agentes al servicio del mismo, es decir el ámbito Constitucional incluido artículo 6 el cual dispone *“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”⁵⁶.*

Y por ende que va de la mano con el artículo 90 también Constitucional, que dispone *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”. ⁵⁷*

Podemos inferir que, es garantía para los habitantes del territorio nacional, el poder hacer uso de los mecanismos establecidos, que le permitan la efectividad de sus derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, es decir no existe un debido proceso, sino se goza de un respaldo legal existente debidamente tipificado, entendiendo que el debido proceso va de la mano con el principio de legalidad.

⁵⁴ GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia. 31 ed. Bogotá D.C. Colombia. Leyer 2013. 329 p.

⁵⁵ Corte Constitucional. (Bogotá, D.C). Sentencia C 832/2001. (MP Beltrán Sierra, Alfredo).

⁵⁶ GÓMEZ SIERRA, Op.cit.,p 11.

⁵⁷ GÓMEZ SIERRA, Op. Cit. 53 p.

CAPITULO II

11. EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DE OPERATIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Dentro de los diferentes estudios del derecho contemporáneo y moderno el concepto del Acto Administrativo constituye un elemento central dentro del ejercicio y operatividad de la función pública, es por ello que uno de los grandes instrumentos con que cuenta la Administración Pública para materializar los fines esenciales plasmados en nuestra Constitución de 1991 es el Acto Administrativo, de ahí la necesidad de identificar algunos aspectos necesarios y relevantes dentro de su origen, desarrollo construcción y efectos dentro de la sociedad, e igualmente analizar aspectos fundamentales dentro de la responsabilidad que este compromete con relación al Estado, mirado desde una perspectiva patrimonial.

Según la doctrina el acto administrativo se empieza a definir durante los primeros años de la Revolución Francesa 1790 y 1793, en virtud de la prohibición de juzgar las actuaciones de la Administración que se le impuso a los jueces y tribunales, prohibición que se concretó en la Ley de 16 de Fructidor del III año⁵⁸

La expresión acto administrativo fue utilizada por el directorio en ese contexto de la Revolución francesa, pero con una delimitación orgánica y fiscal, al definirlo como: *“operaciones de los cuerpos y actos administrativos, como todas aquellas que se producen dentro de las órdenes del Gobierno por sus agentes inmediatos bajo su vigilancia y con fondos suministrados por el tesoro público”*, expresión consignada por el tratadista Español Antonio García Trevijano Fos⁵⁹. En nuestro País, empieza asomarse a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, al ser objeto de leyes como la Ley 153 de 1887, Ley 4ª de 1913, Código de Régimen Político Municipal, debido a que se ocuparon de formas comunes de los mismos en algunos aspectos de su naturaleza, uno de los ejemplos claros era la posibilidad que otorgaba el artículo 12 de la Ley 153 que señalaba la posibilidad que funcionarios inaplicaran decretos y resoluciones si los encontraban contrarios a la Constitución y la Ley.

Es importante indicar que la Ley 167 de 1941, Código Contencioso Administrativo, utiliza la expresión de acto administrativo de una forma genérica, tal y como se venía utilizando, en su connotación jurídica y conceptual especialmente se realiza como resultado mediato de la separación que se dio con el Estado de Derecho, de las funciones del poder público: Legislativa, Ejecutiva y

⁵⁸ Fecha de expedición de la Ley 3 de septiembre de 1775.

⁵⁹ GARCIA TREVIJANO FOS JOSE ANTONIO. “Los Actos Administrativos”, Editorial Civitas, S.A., 2ª Edición Actualizada, Madrid 1991, pág. 48.

Jurisdiccional y de manera inmediata, es producto de la aparición y desarrollo del Derecho Administrativo autónomo.

Gran parte de nuestra tradición histórica en la construcción y definición de conceptos técnico – jurídicos acerca del denominado acto administrativo, adherido a la gran modernización del Estado y la misma concepción de la función pública desde 1991 requieren un mayor análisis, profundización para alcanzar mayores estándares de calidad y efectividad acompañado siempre del control en la actuación del poder público.

Diversos textos de Derecho Público y en especial del Derecho Administrativo señalan que el mayor criterio para la definición del acto administrativo son el orgánico (o subjetivo) material, formal, teleológico, jerárquico, funcional y el de control jurisdiccional, la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, ha señalado: *“La naturaleza jurídica de los actos que producen las autoridades en sus diferentes niveles pueden establecerse con aplicación de los criterios de clasificación que han tenido desarrollo en nuestra jurisprudencia la misma doctrina (...) la clasificación de los actos permiten determinar si se trata de un acto administrativo, jurisdiccional o legislativo.”*⁶⁰

El concepto de Acto Administrativo Unilateral constituye en nuestro criterio un tema central para derecho administrativo moderno, sin embargo se presentan algunas diferencias que en ocasiones se constituyen en unos grandes problemas sustanciales, es decir que no todos los actos jurídico administrativos dictados por la administración surten los mismos efectos, declaraciones de voluntad, actos de conocimiento y actos de juicio escapando de la esfera jurídica como lo son las comunicaciones y directivas que contiene información sobre políticas generales o de información.

En términos generales los actos administrativos son declaraciones de voluntad destinados a producir efectos jurídicos, que determinan el nacimiento, la modificación o la extinción de obligaciones y derechos. Estos actos están destinados a producir efectos jurídicos generales o efectos subjetivos individuales.

11.1. DEFINICIONES DEL ACTO ADMINISTRATIVO CON EL DERECHO COMPARADO.

Dentro de los estudios del Derecho Administrativo se han dado diferentes definiciones del acto administrativo, según la época de su estudio y análisis, como quiera que la vida del Estado como tal, el concepto moderno de Administración Pública, la teoría de los diferentes derechos y situaciones administrativas de los particulares y funcionarios del Estado dependiendo su nivel y situación frente a la

⁶⁰ Concepto número 952 de 8 de Abril 1997, Consejero ponente doctor Luis Camilo Osorio.

Administración, desde la teoría del servicio público y una de las más actuales desde la modernización de la función pública, han determinado que la posición de autores más reconocidos señalen:

Para GASTON JEZE, *“El acto administrativo es una declaración de agentes, gobernantes públicos, particulares, en ejercicio de un poder legal y con el objeto de producir efectos en derecho”*⁶¹. Dentro de la definición presentada anteriormente, se encuentra un elemento adicional y no señalado en otros autores como es la de los particulares en cumplimiento de funciones públicas o administrativa, quienes pueden proferir actos con fuerza legal, similar a los proferidos por funcionarios y personal vinculado al Estado.

Para el profesor Argentino RAFAEL BIELSA, El Acto Administrativo *“Es la decisión general o especial de una autoridad administrativa, en ejercicio de su propias funciones, sobre los deberes e intereses de las entidades administrativas, o particulares respecto de ellas”*⁶².

Según SAYAGUES LAZZO: *“Acto Administrativo es toda declaración unilateral de voluntad de la administración, que produce efectos subjetivos”*⁶³ el tratadista Uruguayo explica que esa definición no comprende los actos creadores de reglas generales ni los convencionales, es decir los contratos celebrados por el Estado, reuniendo dos criterios el formal y el material, por su contenido y forma, se diferenciarían dos actos de igual objeto según el sujeto que los emite.

El profesor JEAN RIVERO, señala que *“la actividad administrativa, como toda actividad humana toma dos vías: la de decisión y la de operación; pero cualquiera que sea la importancia práctica de la segunda se producen efectos jurídicos de modo indirecto en tanto que el Acto Jurídico de la administración es como todo acto de voluntad destinado a introducir un cambio en las relaciones de derecho que existan en el momento en que modifican el ordenamiento jurídico.”*⁶⁴

ZANOBINI, Opina que *“el acto administrativo es cualquier manifestación de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicios realizados por un sujeto de la Administración Pública, en ejercicio de una potestad administrativa”*⁶⁵. Esta definición ha sido criticada por conceder al acto administrativo un contenido demasiado amplio, pues, no solo se debe tener en cuenta una manifestación de voluntad del órgano de la administración, sino que también la que ese órgano ha expresado su conocimiento sobre algo o su deseo que algo se realice. La anterior definición atribuye al acto administrativo a un órgano de la administración pública,

⁶¹ Citado por SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel, acto Administrativo Teoría General, 3ª Edición, Legis editores, Bogotá D.C. 2003

⁶² Citado por SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel, Ibíd.

⁶³ Citado por SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel, Ibíd.

⁶⁴ Citado por SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel, Ibíd.

⁶⁵ Citado por SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel, Ibíd.

prescindiendo de la expedición de actos administrativos expedido por particulares en ejercicio de la función pública.

De los múltiples autores que encontramos en la doctrina del derecho comparado, tomados como referencia se evidencia que no existe un acuerdo definitivo frente a la definición del Acto Administrativo. En consecuencia podríamos afirmar que se presentan dos categorías, los que acuden a su contenido o materia y los que clasifican su naturaleza por la forma del acto de voluntad originado por una autoridad administrativa en el ejercicio de una función constitucional y legal.

En suma, los elementos que determinamos constituyen el acto jurídico administrativo básico son:

1. El sujeto.
2. La voluntad.
3. El objeto.
4. El motivo.
5. El fin.
6. La Forma.

En términos generales es conducente afirmar que se ha definido el acto administrativo como aquel acto jurídico unilateral, que contiene la expresión de voluntad de la Administración Pública, por medio del cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica, de carácter general, impersonal o abstracta, o bien de carácter subjetivo, individual y concreto.

El Honorable Consejo de Estado desde mediados de los años de 1970 ha sido de la opinión que la definición del acto administrativo puede hacerse desde diferentes puntos de vista a saber: a) desde el punto de vista formal, que significa que el acto administrativo es todo aquel que emana de un órgano de la administración del Estado; b) desde el punto de vista material indicando que puede considerarse acto administrativo toda decisión de la administración que contenga medidas de alcance individual exceptuando los actos jurisdiccionales; y c) desde el punto de vista funcional, esto es, aceptando que el acto administrativo es aquel que cae bajo el imperio del derecho administrativo por oposición a los actos de los particulares, que dependen del derecho privado.

De lo expresado con anterioridad podremos afirmar que, los actos administrativos se encuentran ligados al momento en la voluntad de la administración, se manifiesta a través de una decisión adoptada en derecho, respetando las garantías y los procedimientos, el acto existe tal como lo señala la doctrina desde el momento en que se ha producido por la administración y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligado a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento de su expedición,

condicionada, claro está a la publicación o notificación del acto según sea su carácter general o individual.⁶⁶

11.2. MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO Y FINALIDAD.

Cuando entramos hablar de la motivación del acto administrativo se afirma que es la expresión concreta de la causa o motivo de este,⁶⁷ es decir, la manifestación de las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan.

GARCIA DE ENTRERRIA ha expresado que *“Motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello, motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto”*.⁶⁸

Cuando señalamos las razones de un tema tan importante como es la motivación de los actos administrativos, debemos indicar que; la motivación radica en el fundamento de las razones y consideraciones que contiene el acto administrativo. Entendidas como aquellas razones de hecho y de derecho que determinan el origen del acto y el contenido o sentido de la respectiva manifestación. *“Por lo tanto se trata de un elemento complejo que comprende dos dimensiones: una pasiva y objetiva que está dada por una situación fáctica o jurídica, y otra activa, que es la valoración jurídica y/o de conveniencia, o la adecuación normativa que se haga de la misma para proferir la declaración”*⁶⁹.

La obligación de motivar el acto administrativo se origina del cumplimiento de principios constitucionales que garantizan que los particulares tengan la posibilidad de controvertir o atacar las decisiones de los organismos públicos, ante las diferentes instancias administrativas y jurisdiccionales, buscando evitar de esta forma la configuración de situaciones de abuso de poder. Por lo anterior, le corresponde a la administración motivar sus actos y al aparato judicial decidir si tal argumentación o motivación se ajusta o no a la Ley y al ordenamiento jurídico señalado por el Estado.

La obligación de justificar la motivación del acto administrativo no se reduce a un simple requisito de forma en el sentido de introducir cualquier argumentación en el documento. Por el contrario, la Honorable Corte Constitucional ha señalado

⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-069 de 1995.

⁶⁷ SAYAGUES LASO, “Tratado de Derecho Administrativo”, FCU, 6ta. edición, Mont. 1988, pág. 460.

⁶⁸ Curso de Derecho Administrativo” T. I, 5ª Ed., Civitas S.A., Madrid, 1989, pág. 549

⁶⁹ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique, Manual del Acto Administrativo, 5ª Edición, Editorial ABC, Bogotá D.C. 2009

el concepto de “razón suficiente” para indicar que: “... la motivación del acto deberá exponer los argumentos puntuales que describan de manera clara, detallada y precisa las razones a las que acude el ente público para retirar del servicio al funcionario. Un proceder distinto violaría el sustento constitucional que da origen a la necesidad de motivar las actuaciones de la administración y convertiría este requerimiento en un simple requisito inane y formal...”⁷⁰

Señalamos de igual manera que la validez del acto administrativo, también depende de que los motivos por los cuales se expide sean reales, pertinentes y tengan el mérito suficiente para justificar la decisión que mediante el mismo se haya tomado. Dicho de otra manera, que corresponda al supuesto de hecho y de derecho jurídicamente necesario y válido para la correspondiente expedición del acto administrativo, y que se den en condiciones tales que hagan que deba preferirse la decisión tomada y no otra. Se trata como lo han expresado diferentes tratadistas de un requisito material u objetivo, en cuanto dependen de la correspondencia de lo que se aduzca en el acto como motivo o causa del mismo, con la realidad jurídica o fáctica del caso.

En efecto y a manera de una conclusión, la motivación es la realidad objetiva de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión, sin la cual las decisiones se tornan injustificadas e ilegales, de otra parte, con fundamento en la jurisprudencia constitucional, la Sección Tercera sostiene que este deber de motivar tiene relación intrínseca con los principios democráticos, de publicidad y del debido proceso.

11.3. LA OBLIGACION DE MOTIVAR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DESDE UNA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO.

La necesidad de la motivación de los actos administrativos no ha sido uniforme en la experiencia jurídica de otros países. En Francia, la Ley 79-587, del 11 de julio de 1979, exigió la motivación de decisiones que solo afectaran a terceros, mientras que los actos de alcance general o los reglamentos no necesitaban de motivación⁷¹. A pesar de un alcance limitado, para Rivero la expedición de dicha ley “puso fin a la prerrogativa abusiva (de la innecesariedad de la motivación) que agravaba el carácter autoritario del acto administrativo, en los casos donde se tornaba particularmente arbitrario”.

En Italia, la jurisprudencia del Consejo de Estado consideraba que debían motivarse tanto los actos que afectaban a los administrados como los de

⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-204 de 2012.

⁷¹ La discrecionalidad administrativa, Hugo A Marín Hernández, La discrecionalidad administrativa: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012

contenido general, incluyendo los actos denominados "*discrecionales*". Por su parte, la experiencia española, con la expedición de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, exigió solamente la motivación de los actos que "*limitaran derechos subjetivos, los que resolvieran recursos, los que se apartaran de precedentes o del dictamen consultivo previo, o cuando lo dispusiera una norma, y los que suspendieran actos objeto de recurso*", recogidos en la ley que expidió el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por otro lado, en los países de tradición anglosajona no se evidencia de forma tajante el deber de general de motivar las decisiones de la administración (*duty to give reasons*), salvo "la obligación impuesta a los denominados *administrative tribunals* de así hacerlo, o normas que específicamente así lo establezcan". Por tanto, aquellas normas que exigieran tal deber, no lo asumían como una simple exposición de razones, sino, por el contrario, se hacía mayor relevancia al deber de dar razones satisfactorias, pues esto resultaba ser "*el sello de calidad de una buena administración*"⁷².

Comparativamente, en Colombia, desde la expedición del Decreto 01 de 1984 (Código de lo Contencioso Administrativo), se exigió la motivación de las decisiones de la Administración pública. El artículo 35 expresó que "*se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares*", dejando por fuera de la exigencia de motivación a los actos administrativos de carácter general. Mientras que el anterior Código Administrativo solo la exigía para una de las clases de acto administrativo⁷³, la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), en su artículo 42 en cuanto al contenido de la decisión, señaló que todas las decisiones serán motivadas, y al eliminar el carácter de *sumario* de dicha motivación, se evidencia una mayor exigencia en cuanto a su realización.

Teniendo en cuenta los factores comunes de las experiencias jurídicas foráneas y especialmente la colombiana ha exigido la motivación de los actos administrativos sin importar su naturaleza, o si se derivan del ejercicio de potestades regladas o discrecionales, el instrumento jurídico a través del cual puede entrar a analizar dicha motivación como presupuesto de validez del acto administrativo, son las garantías jurídico-procesales que permiten la contradicción de las decisiones ya tomadas. Es decir, que sin la existencia de un procedimiento administrativo que les permita a los destinatarios de las decisiones administrativas conocer el proceso de construcción y las razones que llevaron a la toma de

⁷² El derecho a la buena Administración y la calidad de las decisiones administrativas" Juli Ponce Solé, Buenos Aires, 2016.

⁷³ **Manual de derecho administrativo**, Luciano Parejo Alfonso, Antonio Jiménez Blanco, Luis Ortega Álvarez, Manual de derecho administrativo, 1: Ariel Derecho, Madrid, 1998

decisiones por la Administración pública, existiría una frágil frontera con las actuaciones arbitrarias del poder público.

El énfasis en los aspectos procedimentales tiene por objetivo realizar un acercamiento a los vehículos jurídicos a través de los cuales la Administración pública se vale para el ejercicio de toma de decisiones. Por tanto, la calidad argumentativa muestra del proceso de construcción normativa de las autoridades de la Administración pública tiene una conexión con las ideas de buena administración. Esto, puesto que de su exigencia se generan grandes beneficios: mayores garantías procesales para los ciudadanos que deseen conocer los fundamentos y razones de la adopción de una decisión de la Administración y que el juez, en el eventual escenario que realice un control, pueda identificar criterios para decidir sobre la validez del acto administrativo como tradicionalmente se ha concebido, pero también su eficacia para la consecución de prácticas que permitan buenas prácticas administrativas⁷⁴

Así, el artículo 42 del CPACA citado anteriormente, al no hacer una distinción entre cuáles actos administrativos tienen el deber motivarse, se entiende que su naturaleza no es relevante para ello, puesto que es un deber legal genérico para las autoridades administrativas. Por tanto, si existe una exigencia de motivación de los actos administrativos reglados, con mayor razón los actos administrativos discrecionales deben estar suficientemente motivados, lo cual prescinde de la motivación sucinta o sumaria que alguna vez hizo mención el anterior Código Contencioso Administrativo.

En consecuencia, frente a la situación donde la Administración pública está ejecutando un proceso para tomar una decisión, resulta necesario la ponderación de intereses y, efectivamente, el contraste con el caso en concreto que trate. Lo anterior permitiría que ante el margen de apreciación que da lugar el ejercicio de potestades discrecionales pueda analizarse el contexto específico sobre el objeto a decidir. Por tanto, la exigibilidad del deber de motivación, pero no cualquier exposición de motivos sino la muestra fehaciente de razones que fundamentan la decisión tomada sobre todo en el ejercicio de facultades discrecionales, debe derivarse del ejercicio jurídico de ponderación y estudio cuidadoso de los intereses en juego. Esto, a su vez, permitiría interiorizar una conducta más cuidadosa y diligente en la construcción de las decisiones normativas y, por ende, una mayor autorregulación de la Administración pública de sus propias actuaciones, evitando que en un futuro sus decisiones vayan a ser controladas judicialmente por la falta de claridad, certeza y seguridad existentes cuando las profirió.

⁷⁴ Jorge Iván Rincón Córdoba, Derecho administrativo laboral: Empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013

11.4. EXPEDICIÓN EN FORMA IRREGULAR POR FALTA DE MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

La Administración pública, con independencia de la naturaleza de las facultades con las que actúa, debe observar los principios que orientan el ejercicio de su poder de decisión, de manera que se cumplan con las exigencias derivadas de la buena administración. Ahora bien, en el derecho colombiano se evidencia que, durante el ejercicio de facultades discrecionales, esta no necesariamente motiva la toma de decisiones, o en el caso en que lo hace, no ofrece razones y argumentos suficientes que permitan controvertir el acto administrativo por los destinatarios de este, o facilite el control por el juez administrativo. La presente investigación busca mostrar que la motivación de los actos administrativos va más allá de un simple requisito formal, por lo que esta se impone como una herramienta para la materialización de las prácticas que eviten la arbitrariedad y una mala administración.

La falta de motivación, que no es equiparable a la "*falsa motivación*", es la omisión de motivar el acto administrativo imputable a la autoridad que lo profiere, lo cual constituye un vicio de procedimiento, y, por ende, una causal de nulidad por expedición irregular del acto, mientras que la "*falsa motivación*" supone que sí hubo motivación, pero ésta no corresponde a los hechos. Ahora bien, para determinar si se ha o no omitido motivar el acto, no basta con la inclusión de expresiones genéricas (las famosas frases "*passé par tout*") (sic), sino una relación de los motivos concreto (sic) que fundamentan el acto, desde el punto de vista de los fundamentos de derecho y hecho.

En este sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.⁷⁵ Consideró lo siguiente en torno a este punto:

"(...) en tanto se limita a señalar el ejercicio de una facultad oficiosa y el cumplimiento de una función, pero en sí misma no contiene una fundamentación o explicación fáctica y probatoria referida al asunto en concreto, indicativa de los motivos de la decisión plasmada en la parte resolutive. // (...) la motivación es una exigencia del acto administrativo (...) reclamable (...) de todos los actos y debe basarse en hechos ciertos y demostrados al momento de la emisión del acto, so pena de viciarlo de nulidad por ausencia de uno de sus elementos esenciales (...)".

⁷⁵ Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo sección cuarta, Sentencia de 28 de febrero de 2008, expediente No. 15944.

11.5. LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS LIGADO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Dado que la falta de motivación de los actos en cuestión involucra la violación al debido proceso, los preceptos de un Estado de Derecho y los principios democráticos y de publicidad del ejercicio de la función pública, la Corte ha recordado que tal vicio constituye una causal de nulidad de los actos administrativos que incurran en ese defecto. De este modo, cuando se esté ante una situación en donde se desvincule a un funcionario de carrera en provisionalidad mediante un acto administrativo no motivado, la sanción que dispone el ordenamiento jurídico para dicha actuación es la de la nulidad del acto por configurarse con ella una violación al derecho fundamental al debido proceso.

A partir del año 2003, el Consejo de Estado unificó su posición, en el sentido de permitir la declaratoria de insubsistencia de funcionarios en provisionalidad sin necesidad de acto administrativo motivado. A partir de esa fecha, la contradicción entre la jurisprudencia del Consejo de Estado y la de la Corte Constitucional, ha sido tajante y ha generado inseguridad jurídica.

Esta situación ha derivado en que funcionarios administrativos y judiciales de todos los niveles y jurisdicciones, basados en una tesis abiertamente inconstitucional, profieran decisiones que violan el ordenamiento jurídico colombiano, los derechos fundamentales de los particulares y hasta los principios fundamentales de un Estado de Derecho democrático. No existe razón alguna para continuar propiciando una posición que va en contra de una tesis que no solo ha sido reiterada por el órgano competente para hacerlo, sino que además lo único que hace es evitar la arbitrariedad en las actuaciones de la administración, sin imponer cargas que vayan más allá del principio lógico y elemental de que las actuaciones del Estado deben ser motivadas.

Al analizar las providencias judiciales aplicables a la materia, se reiteró que, si bien no son equiparables los cargos de carrera en propiedad con aquellos que se ejercen en provisionalidad, tampoco puede decirse que estos últimos se encuentren totalmente desprotegidos por el ordenamiento jurídico. Así, se llega a la innegable conclusión de que cuando la administración pretenda retirar del servicio a un funcionario que ocupa un cargo de carrera en condición de provisionalidad, deberá necesariamente motivar el acto administrativo que declare la insubsistencia, so pena de que se estén vulnerando principios de rango constitucional reconocidos ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente”⁷⁶ en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde *“deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado”*. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, *“para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”*⁷⁷.

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria *“u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”*⁷⁸.

El Consejo de Estado, en sentencia emitida dentro del radicado No. 25000232700020110039201, reiteró su posición frente a causal de falsa motivación de los actos administrativos, recordando que la misma se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa.

Señaló que *“Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente.”*⁷⁹

La motivación de los actos administrativos es una carga que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a la administración pública, según la cual ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su actuar en determinado sentido. Así, el deber de

⁷⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: “Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso- administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que, de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa”.

⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-104 de 2009.

⁷⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-279 de 2007

⁷⁹ Consejo de Estado, en sentencia emitida dentro del radicado No. 25000232700020110039201

motivar los actos administrativos, salvo excepciones precisas, se revela como un límite a la discrecionalidad de la administración.

En este orden de ideas, los motivos del acto administrativo, comúnmente llamados "*considerandos*", deberán dar cuenta de las razones de hecho, precisamente circunstanciadas, y de derecho, que sustenten de manera suficiente la adopción de determinada decisión por parte de la administración pública, así como el razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada.

Siguiendo las lineamientos expuestos por el profesor francés RENÉ CHAPUS, en su tratado de derecho administrativo general, el deber de motivar los actos administrativos está orientado a satisfacer tres exigencias: En primer lugar, 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, en tal sentido nuestra carta política de 1991 señala en su Artículo. 123 lo siguiente: "*(...) Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad*", igualmente el Artículo 209 C.P. "*La función administrativa está al servicio de los intereses generales*"⁸⁰

En segundo lugar, pone de presente la exigencia de adelantar una "*buena*" administración; en este sentido, la obligación de motivar los actos administrativos, compele a la administración a realizar un exámen acucioso de los fundamentos de las decisiones que proyecta, previniendo, de esta manera, que se adopten decisiones estudiadas de manera insuficiente o de dudosa justificación y que conlleven a la afectación de derechos fundamentales de los ciudadanos; y, en tercer lugar, la motivación de los actos administrativos, facilita el control de la actuación administrativa; así, el conocimiento de los motivos por los cuales la administración ha adoptado determinada decisión permite a los interesados apreciar las razones de las decisiones que los afectan y, eventualmente, interponer los recursos administrativos o instaurar los diferentes medios de control a que haya lugar de acuerdo con el ordenamiento Constitucional y legal vigente, garantizando, de esta manera, el ejercicio del derecho de defensa.

Así las cosas, salvo excepciones previstas en el ordenamiento, un acto administrativo sin motivación alguna o con una motivación manifiestamente insuficiente, carece de validez constitucional y legal, al no expresar las causas tácticas y jurídicas que determinan su adopción.

Es pertinente traer a colación las observaciones al respecto del profesor García de Enterría, citadas ya por esta Corporación en sentencia SU 250 de 1998

"La motivación, como ya dijimos, es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente: la motivación es interna corporis, no externa; hace referencia a la

⁸⁰ GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia. 31 ed. Bogotá D.C. Colombia. Leyer 2013. 226 p.

perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo). Quiere decirse que la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión Por ejemplo: no bastaría jubilar a un funcionario invocando simplemente una razón de "incapacidad física"⁸¹;

La motivación responde al principio de publicidad, entendiendo por tal la instrumentación de la voluntad como lo enseña Agustín Gordillo quien resalta su importancia así:

"La motivación del acto, contenida dentro de lo que usualmente se denomina "los considerandos" del acto, es una declaratoria de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación, o sea los motivos o presupuestos del acto; constituye por lo tanto la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad. De la motivación sólo puede prescindirse en los actos tácitos, pues allí no hay siquiera una manifestación de voluntad; salvo en ese caso, ella es tan necesaria en los actos escritos como en los actos verbales.

Por tratarse de una enunciación de los hechos que la administración ha tenido en cuenta, constituye frente a ella un "medio de prueba en verdad de primer orden", sirviendo además para la interpretación del acto.

La explicación de las razones por las cuales se hace algo es un elemento mínimo a exigirse de una conducta racional en un Estado de derecho; no creemos en consecuencia que la motivación sea exigible sólo de los actos que afectan derechos e intereses de los administrados, resuelvan recursos, etc., como sostiene alguna doctrina restrictiva; todos los actos administrativos a nuestro modo de ver, necesitan ser motivados. De cualquier manera, en lo que respecta a los "actos administrativos que son atributivos o denegatorios de derechos", es indiscutida e indiscutible la necesidad de una "motivación razonablemente adecuada", como tiene dicho la Procuración del Tesoro de la Nación."

⁸¹ Sentencia SU 250 de 1998

PARTE II

Esta segunda parte se estructura igualmente en dos capítulos, en los cuales se planteara la carrera administrativa en nuestro sistema colombiano, la evolución que ha tenido a raíz de la Constitución Política de 1991 y la expedición de la Ley 909 de 2004, tratando el tema de la protección a los empleados en provisionalidad en cargos de carrera, y por ende la posición del Consejo de Estado y la doctrina referente a la estabilidad laboral.

De igual forma es importante valorar si la desvinculación de empleados de carrera en provisionalidad ocasiona vulneración de normas superiores y por ende a los fines esenciales del Estado, generando perjuicios; posteriormente se tendrá en cuenta los efectos de la nulidad por la falsa motivación del acto administrativo que ordena el retiro de un empleado en provisionalidad.

CAPITULO III

12. LA CARRERA ADMINISTRATIVA EN NUESTRO SISTEMA COLOMBIANO.

Desde la Carta Política de 1991, podemos reconocer dos momentos de la organización normativa de la carrera administrativa en Colombia, siendo el punto divisorio la expedición de la Ley 909 de 2004. Antes de la expedición de la ley mencionada, estaba la reforma planteada por la Ley 27 de 1992 que, conforme a las dificultades presenciadas a nivel territorial, la misma solo llegó a ser concretada hasta la expedición de la Ley 443 de 1998.

Las dificultades estructurales e institucionales aún vigentes a 2004, condujo a la expedición de la Ley 909 de 2004, la cual, derogando gran parte de las disposiciones normativas contenidas en las leyes 27 de 1992 y 443 de 1998, siendo por lo mismo en la actualidad, el referente normativo por la cual se desarrolla la carrera administrativa en el país. Para su desarrollo, se han expedido una serie de decretos reglamentarios, sobre los cuales, se han generado una serie de pronunciamientos jurisprudenciales.

Se precisa que, la Ley 909 de 2004 es la norma que desarrolla y regula en la actualidad, en el territorio nacional, el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública. Como lo dispone su artículo 14, se le asigna al DAFP, la dirección y gestión del empleo público, siendo un órgano adscrito a la Presidencia de la República, cuyas funciones le compete el diseño y manejo técnico de los cargos de carrera dentro de las organizaciones públicas colombianas.

De otra parte, se encuentra la CNSC, cuya naturaleza se consigna en el artículo 7 de la Ley 909 de 2004, siendo ella la de ser: *“responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley”*. Su condición es de carácter permanente, e independiente de las ramas u órganos del poder público nacional.

El artículo 27 de la Ley 909 de 2004 define la Carrera Administrativa como un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

La Corte constitucional⁸² señala que el sistema de carrera hace parte de todo el entramado constitucional e irradia la concepción de Estado Social y Democrático de Derecho, al punto que la jurisprudencia no ha dudado en calificarlo como un principio fundamental, pilar esencial y eje definitorio de la estructura básica de la Carta Política de 1991.

12.1. DISCUSIÓN JURISPRUDENCIAL RESPECTO DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y LOS CAMBIOS PROMOVIDOS POR LA LEY 909 DE 2004.

Un primer tema por señalar en términos de la carrera administrativa en Colombia y, su funcionamiento, corresponde a la manera como en la misma se encuentra materializada el principio constitucional de estabilidad laboral, a su vez que las condiciones de respeto de la garantía, también constitucional al debido proceso, en los casos donde se concluye la separación de un funcionario público de carrera, de su cargo. Al respecto, la Corte reconociendo lo consignado en los artículos 53 y 125 del texto constitucional, señala lo siguiente; (...) *es importante recordar que la carrera administrativa, tema que ha sido ampliamente tratado por la Corte, comprende tres aspectos fundamentales interrelacionados: En primer lugar, la eficiencia y eficacia en el servicio público, principio por el cual la administración debe seleccionar a sus trabajadores exclusivamente por el mérito y su capacidad profesional.*

En segundo lugar, la protección de la igualdad de oportunidades, pues todos los ciudadanos tienen igual derecho a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas (Artículo 40 de la Carta). Y, finalmente, la protección de los derechos subjetivos derivados de los artículos constitucionales 53 y 125 tales como el

⁸² Corte Constitucional, Sentencias C-1262 de 2005, C-1265 de 2005, C-211 de 2007, C-175 de 2006, C-753 de 20008.

principio de estabilidad en el empleo, el sistema para el retiro de la carrera y los beneficios propios de la condición de escalafonado, pues esta corporación ha señalado que las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos derechos subjetivos adquiridos, que deben ser protegidos y respetados por el Estado. Lo anterior presenta la condición garantista que se debe dar en el empleo público, conforme a la armonía del mismo con lo dispuesto en los artículos 53 y 125 de la Constitución Política; garantías laborales y, diseño meritocrático de la carrera administrativa, respectivamente.

En este orden de ideas, la Corte avala el precepto por el cual, si bien el ingreso al empleo público puede ser diferente al empleo de carácter privado, el nombramiento de un empleado público dota al mismo de unos derechos laborales subjetivos que, deben ser plenamente reconocidos como sucede en el caso del empleado de la organización privada y sus derechos laborales constitucionales, inalienables e irrenunciables. Si bien el conducto regular para definir el retiro de un funcionario público es diferente al visto en el caso del empleo privado, ambos deben gozar del respeto por la garantía constitucional del debido proceso y, en extensión la aplicación de otros principios como el, *non bis in ídem* (el régimen sancionador del Estado no se puede juzgar dos veces a una persona por lo mismo), aunque ello es también tema de discusión de otro horizonte investigativo diferente al que se persigue en el actual documento.

12.2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA.

La Corte Constitucional a través de reiterada jurisprudencia, ha considerado la situación de aquellas personas que han sido nombradas en provisionalidad para ocupar cargos de carrera administrativa, toda vez que las circunstancias de vinculación y retiro del servicio se dan en condiciones que no son equiparables a las de los funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción los funcionarios inscritos en carrera administrativa:

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que si bien los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no gozan del fuero de estabilidad que ampara a quienes han ingresado al servicio mediante concurso de méritos, sí tienen cierto grado de estabilidad laboral, en la medida en que no pueden ser removidos de sus empleos mientras **i)** no sean sujetos de una sanción disciplinaria o **ii)** se provea el cargo respectivo a través de concurso y **iii)** la desvinculación se produzca mediante un acto motivado⁸³.

La facultad con que cuentan los órganos y entidades del Estado para desvincular a sus servidores depende del tipo de sujeción que éstos tengan con la

⁸³ Sentencia T-800 de 1998, la Corte Constitucional

Administración. Los que ocupan cargos de carrera administrativa, por haberse vinculado mediante calificación de méritos, tienen una estabilidad laboral mayor que la de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción; ésta se traduce en la imposibilidad que tiene el ente nominador de desvincularlos por razones distintas a las taxativamente previstas en la Constitución y la Ley.

En cambio, la estabilidad de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción es, por así decirlo, más débil, ya que pueden ser separados del mismo por voluntad discrecional del nominador, según lo exijan las circunstancias propias del servicio. Aunque a la luz de la Constitución y la jurisprudencia, se trata de un régimen excepcional, debido al grado de flexibilidad y a la preeminencia del factor discrecional que reposa en cabeza del nominador, el régimen legal tiene previsto un control judicial de los actos de desvinculación para evitar posibles abusos de autoridad.

No obstante, cabe aclarar 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.

La regla impuesta por la Corte Constitucional en sus diferentes fallos es que, quien ocupe un cargo de carrera en provisionalidad debe gozar del derecho a que el acto administrativo encaminado a declarar su insubsistencia, pueda tenerse como válido sólo cuando haya sido motivado, toda vez que solo razones de interés general pueden conducir a la desvinculación. Por ello, quien goza de la facultad nominadora no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para tales efectos. Justa causa que debe ser expuesta en el acto administrativo de desvinculación.

Al respecto, en la sentencia de unificación SU-917 de 2010⁸⁴, se concluyó:
“(…)”

En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas. (Subrayado fuera de texto).

⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-552 de 2005. Cfr., las Sentencias SU-250/98, T-132/07, T-308/08, T-356/08, entre muchas otras.

- En primer lugar, el respeto a los principios constitucionales antes mencionados (Estado de derecho, garantía del derecho fundamental al debido proceso, principios democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública) exige motivar los actos de retiro de los cargos de provisionalidad.

- En segundo lugar, no existe ninguna ley o norma con fuerza material de ley que exonere a los nominadores del deber de señalar las razones para el retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad, por lo que debe apelarse a la regla general antes mencionada sobre la motivación de los actos administrativos.

- En tercer lugar, el artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley, de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad. Aquí es importante precisar que “las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o constitucional”, de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyado en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que “sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores”.

En concordancia con ello, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es “reglada” y “deberá efectuarse mediante acto motivado”, mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia “discrecional” mediante “acto no motivado”. Cabe aclarar, en consecuencia, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos actos.

- En cuarto lugar, el hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia. En este sentido la Corte precisa que aun cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que si tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.

“(…)”

De lo señalado anteriormente podemos afirmar que estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, las cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación, adicionalmente la Corte Constitucional en la misma sentencia⁸⁵ de unificación señaló:

“...En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, 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.

Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.

“(...)”

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.

En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador tiene la obligación de motivar el acto mediante el cual pretende la desvinculación, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión, sólo así podrá optar porque la jurisdicción de lo contencioso juzgue la juridicidad de los motivos expuestos por la administración.

⁸⁵ Corte Constitucional Sentencia SU-917 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio.

En conclusión, la Corte Constitucional se ha mantenido invariable desde el año 1998⁸⁶, según dispone que, el acto administrativo por medio del cual se desvincula a una persona que viene ocupando provisionalmente un cargo de carrera debe ser motivado, en defensa de derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, así como para hacer prevalecer los principios que rigen la función administrativa tales como el de la igualdad, la transparencia y la publicidad, entre otros.

12.3. POSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO

Al interior del Consejo de Estado la posición en torno al deber de motivación de los actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad no ha sido uniforme. Hasta el año 2003 la Subsección “A” de la Sección Segunda consideró, que tales servidores gozaban de una suerte de “*estabilidad restringida*”, de manera que “*para su desvinculación debe mediar al menos un acto administrativo motivado como garantía del debido proceso*”⁸⁷. Por el contrario, para la Subsección “B” “*no había ningún fuero de inamovilidad para quienes ejercían cargos en provisionalidad, de modo que estaban sujetos al ejercicio de la facultad discrecional, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna*”.⁸⁸

En el año 2014, la Sección Segunda del Consejo de Estado aceptó esta última postura y unificó su jurisprudencia acogiendo la tesis de que: “*... al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna...*”⁸⁹. Fue así como concluyó que “*cuando se remueve a esta clase de personal, sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del debido proceso, ya que dichas normas no le son aplicables*”⁹⁰. Desde entonces esta ha sido la posición del Consejo de Estado.

En síntesis, las razones invocadas por el Consejo de Estado, cuya postura se ha mantenido inalterada y de hecho constituye la base de las sentencias ahora cuestionadas en sede de tutela, son las siguientes:

⁸⁶ Ver entre otras las sentencias, la SU-250 de mayo 26 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-884 de octubre 17 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1011 de octubre 29 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-951 de octubre 7 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1240 del 9 de diciembre de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil ;T-031 de enero 21 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-257 de marzo 30 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-432 de junio 1° de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁸⁷ Sentencias de 20 de junio de 2002, exp. 408-01, de 3 de octubre de 2002, exp. 4117-01, de 31 de enero de 2002, exp. 118298-815-2000 y de 22 de agosto de 2002.

⁸⁸ Sentencia de 18 de abril de 2002, Rad. 5093-01 (Ref. 1348-99).

⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 13 de marzo de 2003, radicación 76001-23-31-000- 1998-1834-01(4972-01).

⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 04 de agosto de 2010, (0319-08).

- a) *“El empleado nombrado en provisionalidad ostenta una “posición diferente” frente a los empleados nombrados en carrera y a los de libre nombramiento y remoción, porque ni ha accedido por concurso de méritos, ni se trata de un cargo asimilable a los de libre nombramiento.*
- b) *Quien está vinculado en provisionalidad tiene una doble inestabilidad: de un lado, como no pertenece a la carrera puede ser desvinculado por quien concursó y tiene derecho a ocupar el cargo; de otro, puede ser vinculado de manera discrecional por el nominador.*
- c) *El acto de nombramiento en provisionalidad no requiere procedimiento ni motivación alguna, lo mismo es predicable del acto de desvinculación, porque de lo contrario se harían extensivas las garantías que sólo se predicán para quien ha ingresado por concurso.*
- d) *Como los nombramientos en provisionalidad no ingresaron por mérito sino en ejercicio de una facultad discrecional, no pueden ampararse en las causales de retiro previstas en el inciso 2º del artículo 125 de la Constitución.*
- e) *No se desconoce el derecho al debido proceso por cuanto la tesis del retiro discrecional de cargos en provisionalidad no impide demandar el acto por las causales previstas en el ordenamiento jurídico. Además, debe presumirse que la insubsistencia se inspira en razones de buen servicio, la cual en todo caso puede ser enervada en sede judicial”.⁹¹*

12.4. LA DOCTRINA REFERENTE A LA ESTABILIDAD LABORAL.

Según el tratadista JAIRO VILLEGAS ARBELÁEZ, la Constitución preceptúa en forma integral, *“que el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades de la especial protección del Estado”* siendo por tanto uno de sus “principios mínimos fundamentales” el de *“estabilidad en el empleo”* (Artículos 25 y 53 de la Constitución)⁹².

De acuerdo a las autoras Isabel Goyes y Mónica Hidalgo en Colombia el Artículo 53 de la Constitución Nacional positiviza este principio de manera expresa, el cual es necesario entenderlo como cualquiera de las siguientes propuestas, entre otras: *“Toda persona tiene derecho a la continuidad en su*

⁹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencias del 21 de junio de 2007 (4097-2005), del 19 de junio de 2008 (2256-2006), el 12 de marzo de 2009 (5374-05), del 11 de junio de 2009 (0012-2008), del 04 de agosto de 2010, (0319-08), entre muchas otras

⁹² GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia. 31 ed. Bogotá D.C. Colombia. Leyer 2013. 44 y 91 p.

*trabajo, siempre y cuando se mantengan las condiciones que le dieron origen (...)*⁹³

Según las mencionadas tratadistas en su obra *“Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales”*, la Jurisprudencia constitucional de los últimos diez años en torno al principio de la estabilidad laboral de Colombia ha generado debate principalmente respecto a temas como: carrera administrativa, contrato a término indefinido, contrato a término fijo, terminaciones con justa causa y sin justa causa, insubsistencias, reestructuraciones y calificaciones insatisfactorias.

Es importante recordar que la estabilidad laboral como principio contiene especies, la cual tiene diversas expresiones en los empleados públicos aun no estando inscritos en carrera. Existen especies o grados de estabilidad en la función pública, sin mediar inscripción en carrera. La inscripción en carrera no es identificable ni asimilable en términos absolutos con la estabilidad, ni la estabilidad existe solo en caso de inscripción en carrera. Tampoco se puede entender el principio mínimo fundamental de *“estabilidad en el empleo”* en forma exclusiva y total solo en relación con los empleados inscritos en carrera. La norma constitucional no dice, estabilidad en el empleo de los empleados inscritos en carrera como supone la jurisprudencia que dice.

En efecto, *“existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada. Esto sucede, por ejemplo, en relación con el fuero sindical (...)*⁹⁴ · aún de los empleados públicos no inscritos en carrera, dado que la estabilidad sólo puede ser afectada mediante sentencia judicial. O, situaciones en que el principio de estabilidad adquiere especial fuerza normativa cuando se trata de una mujer embarazada, por la especial protección de la maternidad y la exigencia de justa causa comprobada y resolución motivada, aun desempeñando empleo de libre nombramiento y remoción o empleo de carrera sin estar inscrita. O, en el caso de los minusválidos, quienes *“gozan de una estabilidad superior, la cual se proyecta incluso en los casos de funcionarios de libre nombramiento y remoción”*⁹⁵, y de quienes desempeñan empleos de carrera sin estar inscritos. O, de los empleados inscritos en carrera, quienes tienen una estabilidad mayor, un derecho preferencial.

O, la de los empleados en provisionalidad en empleos de carrera, cuya estabilidad es menor, *“restringida”*⁹⁶, y sometida a *“las condiciones fijas por la ley”*, esto es, que tendrán derecho a la estabilidad en forma temporal, sujeta a la condición suspensiva de ley: *“mientras se surte el proceso de selección”*⁹⁷, a fin de que cumplido el proceso de selección o concurso, *“procederá su provisión*

⁹³ Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales- 2007

⁹⁴ Sentencia C-470/98

⁹⁵ Sentencia C-470/98

⁹⁶ Sección II, Subsección A, Sentencia de 15 de agosto de 2002. Expediente 745/01

⁹⁷ Decreto 1572 de 1998 Artículo 3º

definitiva mediante la utilización de la respectiva lista de elegibles”, produciéndose así el desplazamiento legal del provisional en cualquier momento antes de cumplirse el término (...) de la provisionalidad o de su prórroga mediante un empleado nombrado en período de prueba resultante de proceso de selección por concurso. Es una estabilidad precaria y temporal, sometida a una condición legal suspensiva.⁹⁸ Sin embargo, mientras no se cumpla tal condición legal suspensiva, existe la estabilidad, no podrá proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos de provisionalidad, o de retiro de un provisional para reemplazarlo por otro provisional, dado que por mandato legal, solo procederá su provisión definitiva mediante la utilización de la respectiva lista de elegibles resultante del proceso de selección por concurso.

El desempeñar en provisionalidad, un empleo perteneciente a carrera, no significa que por no estar inscrito en carrera o no tener derecho a carrera, se convierta en nombramiento ordinario o de libre nombramiento o remoción o de trato discrecional, como lo afirma la jurisprudencia actual de la Sección laboral del Consejo de Estado.

Contrario sensu, la estabilidad restringida del empleado en provisionalidad, conforme a la Corte Constitucional consiste en lo siguiente:

*“(...) el derecho (...) a la estabilidad laboral, representado en el hecho de que no se puede ser desvinculado del cargo mientras no se configure una justa causa disciplinaria, o se convoque al respectivo concurso de méritos”.*⁹⁹

Es importante recordar que de conformidad con el Decreto Ley 2400 de 1968: *“Los empleos, según su naturaleza y forma como deben ser provistos, se dividen en de libre nombramiento y remoción y de carrera (...). Por ello para la provisión de los empleos se establecen tres clases de nombramientos: ordinario, en período de prueba y provisional. Las designaciones para empleos de libre nombramiento y remoción tendrán el carácter de nombramientos ordinarios. Los nombramientos para empleos de carrera se producirán en periodo de prueba y recaerán en las personas que sean seleccionadas mediante sistema de mérito (...). “Los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera. El período provisional no podrá exceder de cuatro meses”* Sin embargo las normas transcritas no son interpretadas de la misma manera por el Consejo de Estado, cuyo criterio tiende a asimilar el nombramiento en provisionalidad con el ordinario (sólo es aplicable para libre nombramiento y remoción) y establece que los nombramientos para empleos de carrera se producirán en período de prueba y recaerán en las personas que sean seleccionadas mediante sistema de mérito (...).

⁹⁸ Decreto 1527 de 1998 Arts. 6º y 7º

⁹⁹ T-800/98 y T.884/02

Tratándose de empleados de carrera, en la Sentencia C-527 de 1994 se dijo que el derecho a la estabilidad y a la promoción según los méritos de estos, no impide que la administración, por razones de interés general, pueda suprimir determinados cargos, pues puede ser necesario para que el Estado cumpla sus cometidos. En este sentido los derechos de carrera deben ceder ante el interés general.¹⁰⁰

Respecto a la facultad discrecional de terminar unilateralmente los contratos de trabajo, la Corte dijo en la Sentencia SU- 667 de 1998 que esta debe ejercerse en forma razonable y proporcionada. Esta facultad no puede ser absoluta ni abusiva, pues debe garantizarse el principio de estabilidad que favorece por mandato constitucional a todos los trabajadores y la necesaria aplicación del debido proceso cuando se trata de decisiones unilaterales del empleador.¹⁰¹

En la Sentencia T-040 A de 2001 la Corte enuncia el principio de la estabilidad en el empleo como un precepto aplicable a todos los trabajadores, incluyendo los del sector privado y público, sin interesar la modalidad del vínculo, pues lo que se trata es de asegurar al empleado un mínimo de certeza sobre su permanencia en el trabajo, lo que se opone a la arbitrariedad del empleador. *“En esta perspectiva, siempre que al momento de la expiración del plazo inicialmente pactado, subsistan la materia del trabajo y las causas que lo determinaron y el trabajador haya cumplido efectivamente sus obligaciones, a este se le deberá su renovación”*¹⁰².

¹⁰⁰ Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales- 2007

¹⁰¹ Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales- 2007

CAPITULO IV

13. NORMA SUPERIORES QUE SE VULNERAN EN VIRTUD DE LA DESVINCULACIÓN DE UN EMPLEADO DE CARRERA EN PROVISIONALIDAD.

Una vez, habiendo tratado en los capítulos anteriores el acto administrativo, la falsa motivación del mismo al desvincular a un empleado de carrera en provisionalidad, es importante inferir la vulneración de ciertas normas de carácter superior, las cuales están directamente relacionadas con el Principio de legalidad, por lo cual las trataremos en los siguientes apartes.

13.1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, GARANTÍA DE NO INCURRIR EN FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

Principio de rango constitucional, que se despliega en una doble connotación, por un lado constituye el principio rector del ejercicio del poder y por el otro es el principio rector del derecho sancionador, tal como lo expone la Honorable Corte en Sentencia C 710 de 2001.

Explica la Corte que como principio rector del ejercicio del poder “*se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas*”¹⁰³.

En el Estado de derecho, el principio de legalidad tiene relación con dos aspectos fundamentales, uno con la división de poderes, y dos con el que define la relación entre el individuo y el Estado, para lo cual la Corte lo ha plasmado de la siguiente forma “*con el principio de división de poderes en el que el legislador ostenta la condición de representante de la sociedad como foro político al que concurren las diferentes fuerzas sociales para el debate y definición de las leyes que han de regir a la comunidad. Y de otro lado, define la relación entre el individuo y el Estado al prescribir que el uso del poder de coerción será legítimo solamente si está previamente autorizado por la ley. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa*”¹⁰⁴.

¹⁰³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 710 de 2001.Mp Alfredo Beltrán Sierra

¹⁰⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 710 de 2001.Mp Alfredo Beltrán Sierra

En cuanto al principio de legalidad, como principio sancionador, haciendo referencia al punto de vista de la Corte, este constituye una parte de carácter subjetivo, es decir implícito como garantía fundamental al debido proceso, el cual a su vez vincula a las autoridades del Estado y se formaliza con el respeto de los derechos adquiridos, el procedimiento y el derecho a la defensa.

La Corte advierte que, en lo que tiene que ver con el derecho sancionador, este debe enfocarse en dos puntos importantes así: *“Necesita de la existencia previa de una ley que prevea una hipótesis o situación (que tipifique). Necesita que dicha tipificación, sea precisa en la determinación de la conducta y en la consecuencia de tal conducta o situación”* ¹⁰⁵

De acuerdo a lo anterior, este principio busca primero que exista una ley por medio de la cual se pueda tipificar la conducta, y segundo que esa tipificación encaje de forma precisa y concisa en la conducta para que de esta forma se pueda ejercer una consecuencia jurídica. De esta forma podemos inferir que, todas y cada una de las actuaciones de la administración enmarcan el principio de legalidad, permitiendo de esta forma una garantía previa y posterior al administrado, con el fin de no vulnerar el ordenamiento jurídico establecido.

13.2. EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO Y SUS ORÍGENES.

“El debido proceso tiene sus orígenes en el más entrañable derecho inglés medieval, en donde surgió como concesión garante de protección procesal para los nobles. En su más elemental concepción se le entendía simplemente como una limitación procesal (procedural limitation). Con posterioridad comenzó a tener connotaciones de una verdadera garantía sustancial o de fondo (general limitation). Básicamente a partir del derecho inglés originario, la institución se caracterizó por su carácter restringido: se trataba de una mera garantía procesal de la libertad personal contra las detenciones arbitrarias, penas pecuniarias y confiscaciones o aplicación injusta de las normas del common law. Por otra parte, contenía garantías contra la arbitrariedad del monarca y de los jueces, más no del parlamento”. ¹⁰⁶

A medida que ha evolucionado el Principio del debido proceso, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de dos casos específicos “Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz”, dice que las garantías de los derechos tanto judiciales como administrativas, no se limitan a la existencia de los recursos, este tribunal toma en consideración la Convención Americana de Derechos Humanos en sus artículos I.1 y 2, donde explica que estas garantías deben ser efectivas, adecuarse y dotarse de la eficacia para la cual fueron determinadas,

¹⁰⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 710 de 2001.Mp Alfredo Beltrán Sierra

¹⁰⁶ SANTOFIMIO GAMBOA JAIME ORLANDO, Tratado de derecho administrativo, tomo I, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p.354

esto con el fin de garantizar una justicia material aplicable a cada caso en particular.

Es así como para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “el acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados” ¹⁰⁷

De acuerdo a los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nuestro Estado Colombiano, a partir de la Constitución Política de 1991, lo eleva a la categoría de Derecho Fundamental, consagrado en su artículo 29 el cual dispone lo siguiente:

“ARTICULO 29. 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”¹⁰⁸.

Entendido que el carácter fundamental del debido proceso está directamente relacionado con el principio de legalidad, aplicándose tanto a las actuaciones de carácter judicial como administrativas en concordancia con los derechos de los individuos y sin distinción de todos los demás bienes que eventualmente sean objeto de discrepancia en una actuación procesal. Es decir el derecho de ser oído y vencido en juicio, teniendo en cuenta la formula clásica de ejercer el derecho a la defensa respetando las formalidades propias de cada juicio como lo instituye nuestro artículo constitucional.

¹⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia del 22 de septiembre de 2006. Citada por SANTOFIMIO GAMBOA JAIME ORLANDO. Ibíd.p355.

¹⁰⁸ GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia. 31 ed. Bogotá D.C. Colombia. Leyer 2013. 53 p. (s.f.).

13.2.1. EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA.

Dando una mirada a nuestro punto principal, nos enfocaremos en el debido proceso administrativo, para poder analizar el concepto del debido proceso en las actuaciones administrativas en el derecho colombiano, es importante retomar el derecho desde el punto de vista según la concepción inglesa y norteamericana, el cual tiene como característica principal el carácter restringido, tal como se explicó anteriormente, para entender que el debido proceso administrativo adquiere trascendencia en todas las actuaciones administrativas con el fin de obtener decisiones verdaderamente enmarcadas a derecho.

Según la Honorable Corte Constitucional, en varias de sus jurisprudencias a expuesto unos elementos que deben hacer parte del debido proceso administrativo, entre ellos encontramos los siguientes: *“a) Ser oído antes de la decisión. b) Participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación. c) Ofrecer y producir pruebas. d) Obtener decisiones fundadas o motivadas. e) Notificaciones oportunas y conforme a la ley. f) Acceder a la información y documentación sobre la actuación. g) Controvertir los elementos probatorios antes de la decisión. h) Obtener asesoría legal. i) Intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas”*.¹⁰⁹

En consecuencia en virtud de la desvinculación de un empleado de carrera en provisionalidad, es fundamental que el responsable de la expedición del acto administrativo exprese las razones de hecho y de derecho en las cuales fundamenta su decisión, esto con el fin de dar aplicación al debido proceso administrativo, efectivizando normas superiores tales como el Estado de Derecho, el Principio de democrático, el principio de publicidad en las actuaciones administrativas, permitiendo al individuo afectado contar con los elementos necesarios para controvertir los derechos que crea vulnerados.

En sentencia T 653 de 2006, define el derecho administrativo como: “1) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa. 2) Que guardan relación directa o indirecta entre sí, y 3) cuyo fin esta previamente determinado de manera constitucional y legal.

¹⁰⁹ Corte Constitucional. Sentencias T 522 de 1992; T653 t T796 de 2006, C 279 de 2007, “ El derecho al debido proceso es aplicable a todas las actuaciones administrativas, a pesar de las reglas específicas que rigen dichas actuaciones”

14. EL ESTADO DE DERECHO, COMO GARANTÍA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Retomando lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia SU 917 DE 2010, explica que la motivación del acto administrativo como elemento primordial del mismo, constituye viva expresión de la cláusula de Estado de Derecho, consagrado en el artículo 1 Constitucional, porque impone a los poderes del poder público el deber de respetar el principio de legalidad y proscribire la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los individuos.

Así mismo la Corte plantea desde el punto de vista doctrinario explicando la motivación de los actos administrativos, para lo cual retoma lo plasmado por el profesor Tomás Ramón Fernández de la siguiente forma:

“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”¹¹⁰.

La Corte Constitucional también ha reconocido que la motivación de los actos tiene sustento en el concepto de Estado de Derecho que recoge la Constitución de 1991, *“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”¹¹¹.*

En la misma dirección, en la Sentencia C-371 de 1999, al analizar varias normas del Código Contencioso Administrativo esta Corporación declaró su exequibilidad condicionada, 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”¹¹².* Dijo entonces:

“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

¹¹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 917 DE 2010.

¹¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-250 de 1998.

¹¹² En los términos de esta Sentencia, declárense EXEQUIBLES las frases “al menos en forma sumaria si afecta a particulares”, del artículo 35, y “siquiera sumaria, cuando sea obligatoria”, del artículo 76 del Código Contencioso Administrativo.

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”¹¹³. (Resaltado fuera de texto).

De acuerdo a lo anterior, podemos inferir que las disposiciones que determinan la desvinculación de un empleado de carrera en provisionalidad, deben regirse al Principio de legalidad, haciendo diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, dado que el acto con falsa motivado tilda en el campo de la arbitrariedad, por ende vulnera el Estado de Derecho.

Para los doctrinantes este es un tema tratado superficialmente, definición que se da por exclusión, es decir de un lado se tiene la potestad reglada y por el otro la potestad discrecional; en las segundas influye todo aquello que no es susceptible de ser catalogado entre las primeras. Por tanto es excepcional encontrar pronunciamientos judiciales que hagan referencia expresa a una conceptualización material de discrecionalidad, y más extraño aun que apunte a una caracterización mixta de la misma.

Son muy escasas las referencias, que dan cuenta de una definición legal de la figura de la discrecionalidad, tal es el caso del procedimiento administrativo, de la jurisdicción especializada en el control de la actividad de la Administración, si bien es cierto que La Ley 1437 de 2011, en su artículo 44, hace referencia de la siguiente forma:

“DECISIONES DISCRECIONALES. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa” ¹¹⁴

No es un concepto que nos defina claramente la discrecionalidad en nuestro país, por tanto lo que llama la atención, es la facilidad con la que suele confundirse la discrecionalidad como modalidad legítima de configuración de las facultades de la Administración, con la *arbitrariedad*, la cual es considerada como un antijurídico

¹¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-371 de 1999

¹¹⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Santa Fe de Bogotá D.C.: Diario Oficial 47.956 de enero 18 de 2011.

modo del ejercicio de potestades legalmente conferidas a los poderes públicos, viciando desde todo punto de vista cualquier decisión que de ella se derive.

Para los autores colombianos, la definen como un ámbito de decisión no regulado o regulado solo de forma parcial o imprecisa por el legislador cuando le atribuye facultades a determinado órgano de la Administración, de tal forma que este queda habilitado para completar esos espacios recurriendo a criterios normalmente de naturaleza extrajurídica, reconociendo de esta forma la noción de oportunidad.

Se da a la administración un margen de libertad decisoria, es decir ella es quien define si actúa o no, y en caso de hacerlo deberá tener en cuenta aquellos límites impuestos por el Derecho, definiendo cual es la solución que planteara, eligiendo la consecuencia jurídica en la que se concretara el supuesto de hecho normativo de la norma habilitante de entre una variedad de alternativas.

14.1. PRINCIPIO DEMOCRÁTICO, EN RELACIÓN CON EL DEBER DE MOTIVAR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Para la Honorable Corte Constitucional, el deber de motivar los actos administrativos, guarda estrecha relación con las características de un gobierno democrático en concordancia con los artículos 1º, 123 y 209 de la Constitución Política de 1991, dado que se constituye en el instrumento por medio del cual las autoridades deben dar cuenta de sus actuaciones. 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 (...)]”*¹¹⁵.

En la misma dirección, desde la academia se ha puesto de presente que “al Estado democrático le es por ello de esencia un consenso reforzado, que sólo puede lograrse a partir de decisiones objetiva y racionalmente fundadas, capaces de resistir la prueba de la realidad y de confrontarse con otras de signo opuesto y no salir vencidas, al menos, de esta confrontación”¹¹⁶, lo que desde luego no puede lograrse cuando no se hacen explícitos los fundamentos de tales decisiones.

¹¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-552 de 2005. Cfr., las Sentencias SU-250/98, T-132/07, T-308/08, T-356/08, entre muchas otras.

¹¹⁶ Tomás Ramón Fernández, *“De la arbitrariedad de la administración”*. Madrid, Civitas, p.1994, p.164-165.

14.2. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA, EN CONCORDANCIA CON LA LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

La doctrina y la Jurisprudencia coinciden en afirmar que, estos dos principios guardan profunda relación con nuestro ordenamiento jurídico, y además que se encuentran inmersos el artículo 209 Constitucional y desarrollados en el Código de Procedimiento Administrativo de un lado de forma expresa artículo 3 y además dentro de su cuerpo normativo en la medida que constituye la esencia del procedimiento administrativo, que garantiza actuaciones públicas y abiertas.

En la Sentencia C-054 de 1996, donde la Corte declaró exequible la norma que impone a las autoridades el deber de motivar la negativa al acceso a documentos públicos, precisó su importancia a la luz del principio de publicidad:

*“El deber de motivar los actos administrativos no contradice disposición constitucional alguna y, por el contrario, 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”*¹¹⁷. (Resaltado fuera de texto).

Para la doctrina, estos principios dentro del Estado social y democrático de derecho, *“significa abordar uno de sus principales sustentos, que se caracteriza por proporcionar elementos suficientes para una verdadera convivencia, para el respeto a la igualdad de los asociados, y en especial el ejercicio del poder sobre bases de imparcialidad, tendientes a evitar actuaciones oscuras, ocultas y, por lo tanto arbitrarias”*.¹¹⁸

La publicidad que se refleja en la motivación constituye una *“condición esencial del funcionamiento adecuado de la democracia y del Estado de Derecho”*¹¹⁹, pues es claro que la sociedad en general y el administrado en particular tienen derecho a estar informados no sólo de las decisiones adoptadas por los poderes públicos, sino a conocer con claridad las razones que le han servido de sustento. La publicidad del acto sin el conocimiento de los motivos en que se fundamenta en nada se diferencia de la arbitrariedad y el despotismo.

A pesar de lo ya planteado, y como nada es absoluto, siempre habrá excepción a la regla, el ordenamiento deja abierta esta posibilidad, al tener en cuenta que hay actuaciones que gozan de cierta reserva legal, principalmente en razones de defensa nacional, o aquellos que se encuentran implícitos derechos individuales

¹¹⁷ La Corte declaró exequibles los incisos segundo y tercero del artículo 79 de la Ley 190 de 1995.

¹¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T 210 de 2010. Citada por SANTOFIMIO GAMBOA JAIME ORLANDO. Compendio de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. 2017. Primera edición. P.363.

¹¹⁹ Corte Constitucional, Sentencias C-038 de 1996 y C-646 de 2000.

(ej. historias clínicas). Es decir que corresponde a la Constitución y a la ley definir las excepciones al principio de publicidad.

Es decir que retomando lo planteado tanto a nivel Jurisprudencial como a nivel doctrinario, es deber del nominador motivar los actos administrativos de los cuales se derive el despido o la insubsistencia de empleados de carrera en provisionalidad, pero lo que es importante aparte de motivar el acto, es hacerlo con las razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión, pero estas razones deben cumplir con ciertas características que en capítulos anteriores se plasmaron tales como: a) *Se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública.* b) *Los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien sea por error o por razones engañosas o simuladas.* c) *Porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen.* d) *Porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión* (C.P. María Claudia Rojas Lasso)¹²⁰

15.EFECTOS DE LA NULIDAD POR FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE ORDENA EL RETIRO DE UN EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD.

De acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, y lo plasmado en el curso de este trabajo es importante decir que, cuando se produce la desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, a través de un acto administrativo en el cual los motivos que dan lugar a este hacen alusión a una falsa motivación, esto conlleva a una violación directa de normas de índole superior relacionadas directamente con el principio de legalidad y con el control de los hechos determinantes de la decisión por parte del ordenador del gasto.

En tanto que motivar el acto es una obligación del nominador, para lo cual es de vital importancia exponer las razones que lo llevan a desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad, esto con el fin de permitir al afectado decidir si acude o no ante la jurisdicción, con el fin de demandar la nulidad de dicho acto. De acuerdo a lo anterior la Corte hace referencia al principio de “razón suficiente” entendido de la siguiente forma “*para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión*”¹²¹.

¹²⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera, sentencia 25000232400020080026501, abr. 14/16

¹²¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

Razones que deberán ser diferentes a las que Constitucionalmente están establecidas para los empleados de carrera administrativa y que están encaminadas a brindar estabilidad del empleo, los motivos del acto que conllevan a la desvinculación de un empleado en provisionalidad deberán ser reales, ciertos y demostrables, las cuales se deben fundamentar en las razones de hecho y de derecho con el fin de no incurrir en causal de nulidad por falsa motivación.

Una vez determinada (s) la (s) causas que llevan a pedir la nulidad del acto administrativo, específicamente hablando de la falsa motivación, la cual constituye una causal autónoma y diferente como lo ha expresado El Consejo de Estado, donde además dice que para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en esta causal es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: *a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente.*

Es importante saber diferenciar entre la causal por falsa motivación y la causal por falta de motivación, respecto de la falsa motivación, el precedente judicial de la sección cuarta del Consejo de Estado, *“ha establecido que es una causal de nulidad autónoma y diferente, relacionada directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa”*¹²².

Según el criterio de la Sala, para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación, es necesario que se demuestre una de dos circunstancias, a saber:

*“a) o bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente”*¹²³.

Ahora bien, los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación

¹²² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA. C.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Bogotá D.C., 23 de junio de dos 2011. Número de radicación: 11001032700020060003200. Número interno 16090. Actor: DIANA CABALLERO AGUDELO Y GLORIA I. ARANGO GOMEZ. Demandado: DIAN.

¹²³ Ibídem.

porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión.

Todo lo anterior implica que quien acude a la jurisdicción para alegar la falsa motivación, debe, como mínimo, señalar cuál es el hecho o hechos que el funcionario tuvo en cuenta para tomar la decisión y que en realidad no existieron, o, en qué consiste la errada interpretación de esos hechos.

Por otra parte es preciso indicar que a través de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha tratado el tema de la motivación de los actos administrativos que desvinculan empleados provisionales, es así como en la Sentencia T 204 de 2012, a pesar de no traer mucho de nuevo, recoge lo que anteriormente se había mencionado en la Sentencia de unificación, SU-917 de 2010, es decir retoma los presupuestos necesarios del deber de motivar los actos que el nominador profiera y que declaren la insubsistencia de un empleado en provisionalidad, esto con el fin de garantizar la libre decisión del ciudadano de acudir o no a la jurisdicción en virtud de demandar dichos actos.

Expone además, que las razones que motivaron el acto, deben contener un elemento identificador como lo es la *“razón suficiente”* para señalar que la motivación del acto deberá exponer los argumentos puntuales que describan de manera clara, detallada y precisa las razones a las que acude el ente público para retirar del servicio al funcionario. Un proceder distinto violaría el sustento constitucional que da origen a la necesidad de motivar las actuaciones de la administración y convertiría este requerimiento en un simple requisito inane y formal.

En este fallo es importante decir que, en cuanto a la contraposición que ha existido entre La Corte Constitucional y el Consejo de Estado, donde este último a partir del año 2003, unificó su posición, en cuanto a permitir la declaratoria de insubsistencia de funcionarios en provisionalidad sin que sea necesidad la motivación del acto, de lo cual se deriva inseguridad jurídica al permitir que funcionarios tanto administrativos como judiciales emitan decisiones que vulneran el ordenamiento jurídico netamente constitucional, si se tiene en cuenta que *“la Corte Constitucional es órgano de cierre en materia de derechos fundamentales”*¹²⁴

En Sentencia de unificación SU-556 de 2014, en esta oportunidad la Honorable Corte, hace reiteración en el deber de motivar los actos de retiro de aquellos empleados en provisionalidad en entidades del Estado, garantizando así los Principios de carácter constitucional como son el Estado de Derecho el principio democrático, el principio de publicidad, y el derecho al debido proceso.

¹²⁴ Ver sentencias C-086 de 1995, SU 640 de 1998, Sentencia C-590 de 2005, C-713 de 2008, y artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política

En cuanto a la estabilidad laboral relativa de los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, siguiendo la línea Constitucional y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 125, el cual regula el ingreso, ascenso y retiro de la función pública, el cual además establece las modalidades de vinculación con el Estado. Ingreso que por regla general se hace a través de concurso de méritos, por medio del sistema de carrera.

Además del orden constitucional, y teniendo en cuenta lo anterior la Corte en mencionada jurisprudencia, reitera lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, por medio del cual define la carrera administrativa como “(...) *un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna*”¹²⁵

Ley que así mismo determina, “*que los cargos de libre nombramiento y remoción son aquellos a los que se le asignan funciones de dirección, conducción y orientación institucional en la adopción de políticas y directrices, que impliquen confianza al corresponderles funciones de asesoría institucional, o cargos que envuelvan la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado*”

¹²⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, y lo definido por la Corte, se puede evidenciar de un lado existen los empleados de carrera, que cumplieron y superaron todas y cada una de las etapas del concurso de méritos para acceder a dicha prerrogativa, por lo tanto gozan de una estabilidad laboral reforzada, de otro lado existen los empleados de libre nombramiento y remoción cuyo fin es desempeñar cargos de dirección, confianza que por ende dependen de la discrecionalidad del nominador para ser separados del cargo ya que éste decide, con base en consideraciones “*intuito persona*”.

Así las cosas, diferente se predica de aquellos servidores cuyo cargo de carrera lo ostentan en provisionalidad, lo cual no hace equivalencia a un cargo de carrera como tal, dicho así, es de señalar que la estabilidad que aplica para estos casos es una estabilidad relativa. “*Es entonces, en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que*

¹²⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Santa Fe de Bogotá D.C.: Diario Oficial 47.956 de enero 18 de 2011.

¹²⁶ Artículo 5 de la Ley 909 de 2004.

*el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos”.*¹²⁷

Para la Corte, si bien es cierto y después de haber analizado todos los presupuestos, que dieron lugar a la separación del cargo de un servidor público en cargo de carrera que ostenta la calidad de provisional, lo cual con lleva a ordenar la nulidad del acto de retiro, como mecanismo para la protección de los derechos a la estabilidad laboral, a la igualdad y al debido proceso.

Importante señalar que teniendo en cuenta los presupuestos ya mencionados, se suma en este fallo algo importante y es el acoger por parte de la Corte; la tesis dada por El Consejo de Estado, en lo que tiene que ver con *“la orden relativa al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, debía acompañarse con una previsión sobre la necesidad de descontar de dicho pago lo que la persona desvinculada hubiese percibido del Tesoro Público por concepto del desempeño de otros cargos públicos durante el tiempo que estuvo desvinculada, por considerar que sólo así se ajustaba la orden al artículo 128 Superior”*¹²⁸.

En esta referida Sentencia, lo que la Corte hace es reiterar su tesis de la estabilidad laboral relativa, de aquellos empleados nombrados en provisionalidad y que han sido declarados insubsistentes sin razón suficiente que demuestre los motivos ciertos y reales que llevan al nominador a tomar esta decisión.

Además la Corte hace un recuento de cómo ha ido evolucionando el tema de los provisionales, es así como en un primer momento a partir de los años 1998 y 2003 asume por vía de acción Tutela como mecanismo transitorio, en pro de proteger los derechos fundamentales que se pudieran ver afectados, en esta etapa lo único que hizo la Corte fue ordenar el reintegro de quien había sido desvinculado hasta tanto el asunto fuere resuelto por la autoridad competente, para ello téngase en cuenta las Sentencias *“T-800 de 1998, T-884 de 2002 y T-752 de 2003”*.

Con posterioridad y en virtud de dar más garantismo al funcionario, La Corte en este mismo supuesto; además del reintegro, adiciona el deber de motivar los actos por la autoridad correspondiente, esto con el fin de permitir que aquella persona que viera vulnerado sus derechos tuviera la posibilidad de acudir a la jurisdicción contenciosa, teniendo que las causales que dan la razón de motivar el acto fueran de carácter objetivo, para lo cual al respecto es importante tener en cuenta diferentes Tutelas proferidas para los años 2009 y 2010.

¹²⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia SU-556 de 2014

¹²⁸ GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia. 31 ed. Bogotá D.C. Colombia. Leyer 2013. 237 p. (s.f.)

Un punto determinante y que es preciso tener presente es que a partir de la Sentencia T-108 de 2009, *“la Corte retomó la línea inicial, en virtud de la cual se dispone el reintegro a sus cargos de los servidores públicos en provisionalidad que han sido desvinculados sin motivación. En esa sentencia, sin embargo, sin incorporar consideración al respecto en la parte motiva, se incluyó en la parte resolutive la orden conforme a la cual el reintegro que se disponía para la persona entonces afectada, debía producirse “sin solución de continuidad” lo cual implica que deben pagarse los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento de la desvinculación y hasta el reintegro”*¹²⁹.

Porque es importante, porque a partir de este fallo, no solo se genera un elemento adicional, un tercer elemento, en el cual el reintegro debe hacerse *“sin solución de continuidad”* es decir sin interrupción, lo que conlleva a una garantía más para quien ha sido desvinculado, permitiendo de esta forma que ese perjuicio causado sea reparado económicamente al trabajador.

Estos serían los aspectos fundamentales que trajo consigo la referida sentencia

En esta evolución se da paso a la Sentencia SU-917 de 2010, al resolver diferentes casos en donde los accionantes habían desempeñado cargos de carrera en provisionalidad en distintas entidades públicas y fueron desvinculados de los mismos sin que los actos de retiro hubieran sido debidamente motivados por sus nominadores.

Tratando el tema de la estabilidad laboral relativa que ya se planteó anteriormente, la cual aplica para los empleados en provisionalidad, la Corte plantea tres hipótesis, para lo cual la referida Jurisprudencia señaló:

*“(…) La primera hipótesis se presenta cuando en el proceso ordinario o ante la jurisdicción contencioso administrativa uno de los fallos de instancia ha sido conforme a la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional. En tal caso, el juez de tutela debe dejar sin efecto la sentencia contraria al precedente y, en su lugar, confirmar el fallo de instancia que se ajusta a la jurisprudencia constitucional”*¹³⁰.

La segunda hipótesis se presenta cuando no es posible dejar en firme ninguna decisión de instancia porque todas van en contravía de la jurisprudencia constitucional. En tal caso corresponderá al juez de tutela dejar sin efecto el fallo de última instancia y ordenar que se dicte uno nuevo ajustado al precedente constitucional.

Finalmente, la tercera hipótesis se presenta cuando en oportunidades precedentes se ha ordenado dictar un nuevo fallo pero el juez de instancia se

¹²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-108 de 2009

¹³⁰ En este sentido puede verse, por ejemplo, la Sentencia SU-1158 de 2003.

niega a proferirlo o lo hace en contravía las reglas fijadas en la jurisprudencia constitucional, existiendo la certidumbre de que la protección efectiva de los derechos fundamentales resultará afectada.

En estos eventos el juez de tutela, y particularmente la Corte Constitucional, debe tomar directamente las medidas necesarias, pudiendo incluso dictar sentencia sustitutiva o de reemplazo, pues no quedaría alternativa distinta para garantizar la real y efectiva protección de los derechos fundamentales y con ello el derecho de acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad”¹³¹.

Importante resaltar que las mencionadas hipótesis fueron aplicables de acuerdo a cada caso en particular que trato la referida jurisprudencia, para llegar a determinar que conducta seguir y de esta forma remediar los daños causados a los administrados.

Posteriormente la Sala Séptima de Revisión, en la Sentencia T-656 de 2011, en la que asumió el conocimiento de un caso en el que una persona nombrada en provisionalidad en el cargo de Profesional Especializado de la Dirección Nacional del Cuerpo Técnico de Investigaciones -CTI- de la Fiscalía General de la Nación fue desvinculada sin que el acto de retiro expresara el fundamento de la decisión.

Observa la Corte que en esta sentencia se incorporó una nueva regla de decisión, orientada a atemperar la orden de pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir, con una consideración sobre el carácter precario de la estabilidad que tiene el servidor público vinculado en provisionalidad en un cargo de carrera, disponiendo que dicho pago solo procederá hasta cuando el respectivo cargo haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, en la medida en que dicho acontecimiento marca la fecha cierta hasta la cual quién estaba en provisionalidad podía alentar una expectativa de permanecer en el cargo.

Más adelante para el año 2011, La Sala Plena de la Corte a través de la Sentencia SU 691 de ese mismo año, hace su pronunciamiento respecto a la desvinculación de un grupo de empleados que venían desempeñándose en provisionalidad en cargos de carrera, en esta ocasión los actos de retiro fueron emitidos sin la debida motivación, donde además de lo anterior ellos acudieron ante la Jurisdicción contencioso administrativa, sin obtener protección a sus derechos.

En esta sentencia se ratifica lo expuesto ya en la SU-910 de 2010, donde el acto administrativo que desvincula a un empleado en provisionalidad en un cargo de carrera es nulo de pleno derecho cuando carece de motivación, en esta oportunidad la Corte recoge una tesis expuesta por el Consejo de Estado, “la cual

¹³¹ En general pueden consultarse las siguientes decisiones de la Corte Constitucional: Sentencias SU-1158 de 2003, T-951 de 2003, Autos 235 de 2003, 149A de 2003, 010 de 2004, 127 de 2004, 141B de 2004, 085 de 2005, 96B de 2005, 184 de 2006, 249 de 2006, 045 de 2007 y 235 de 2008, entre otros.

*habla que además de la orden del pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir, debía acompañarse con una previsión sobre la necesidad de descontar de dicho pago lo que la persona desvinculada hubiese percibido del Tesoro Público por concepto del desempeño de otros cargos públicos durante el tiempo que estuvo desvinculada, por considerar que sólo así se ajustaba la orden al artículo 128 Superior”.*¹³²

De la Jurisprudencial expuesta por la Honorable Corte, se puede decir que a través de la línea del tiempo, en tratándose del tema de la desvinculación de empleados en provisionalidad en cargos de carrera, se han dado dos puntos importantes como son: uno el tema de la nulidad del acto como tal donde se tiene que como consecuencia de lo anterior se disponga el reintegro del funcionario al cargo, esto con el fin de proteger derechos tales como la estabilidad laboral, la igualdad y por su puesto el debido proceso.

El segundo punto que se ha venido desarrollando como consecuencia de la nulidad del acto, es el tema de las medidas de restablecimiento a que tiene derecho el empleado, los cuales la Corte ha desarrollado de la siguiente forma:

“el pago a su favor de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación hasta su efectiva reincorporación, sólo surte efectos hasta el momento en el que el respectivo cargo hubiere sido provisto a través de concurso de méritos.

Esta regla de decisión parte de la consideración conforme a la cual carece de soporte la orden de pagar salarios y prestaciones por un periodo en el cual el servidor público ya se encontraría desvinculado del cargo por una decisión ajustada a la Constitución y a la ley, esto es, porque el cargo que ocupaba en provisionalidad ya habría sido provisto mediante concurso.

*El segundo, por su parte, alude al eventual descuento que debe ordenarse a la suma total correspondiente al concepto de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, cuando la persona afectada con el retiro discrecional haya recibido otras sumas del tesoro público por virtud de su desempeño en otros cargos de naturaleza pública durante el interregno que estuvo desvinculada”*¹³³.

Finalmente, conforme a un tercer criterio, aplicado en un solo caso por la Sala Cuarta de Revisión, en la Sentencia T-961 de 2011, *“el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir solo se ordena en sede constitucional, a partir del momento en el que se presentó la acción de tutela”*¹³⁴.

¹³² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SU-910 de 2010

¹³³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SU-910 de 2010

¹³⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-961 de 2011

Retomando el análisis que hace la Corte en la mencionada Sentencia, en la cual se habla primero de la estabilidad derivada de la provisionalidad en el cargo; es decir una estabilidad relativa, en la cual se tiene claro que no hay expectativa de permanencia, dado que su mismo nombre lo dispone provisionalidad, temporalidad.

Otro punto de vista, en lo que tiene que ver con las mediadas de restablecimiento, las cuales se derivan al momento de la desvinculación de un provisional en un cargo de carrera, es decir el pago de salarios dejados de percibir desde el momento de la desvinculación hasta el reintegro efectivo, criterio que la Corte considera excesivo e incompatible con La Constitución Política y la Ley, aclarando el deber de autocuidado y auto sostenimiento que impone a quien se ve retirado del cargo, y de esta forma evitar estar frente a casos de enriquecimiento sin causa, para la cual la Corte expone las siguientes razones:

*“Inicialmente, por cuanto el servidor público afectado con la medida de retiro se encontraba en una modalidad de vinculación temporal, que desde el punto de vista estrictamente jurídico no tiene vocación de permanencia, lo que claramente inhibe que a la persona se le genere una expectativa de permanencia indefinida, representada en la posible indemnización que tenga derecho a recibir por esa causa. De allí, que sea contrario a la ley presumir que su permanencia en el cargo habría de superar el plazo máximo para ello consagrado, y que, por tanto, se deba indemnizar más allá de las expectativas legítimamente generadas”*¹³⁵.

La Corte concluye que, el daño que verdaderamente se le causa al administrado es la pérdida del empleo, en la forma de lucro cesante en tanto se refiere a *“un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima”*¹³⁶.

Dicho daño debe corresponder necesariamente a lo dejado de percibir durante el tiempo en que ha permanecido cesante con motivo de su retiro injustificado, debiéndose considerar también, para efectos de que haya lugar a una verdadera reparación integral y se evite el pago de una indemnización excesiva, la expectativa de permanencia y estabilidad laboral propia del cargo de carrera provisto en provisionalidad, y la carga que le corresponde a la persona de asumir su propio auto-sostenimiento.

A medida que la Corte ha evolucionado en el tema, amplía las reglas que mantenía hasta el momento, para entrar a definir especialmente en lo que tiene que ver con la orden relativa al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir y la previsión aplicada de descontar de dicho pago lo que la persona desvinculada hubiese percibido del Tesoro Público por concepto del desempeño de otros cargos

¹³⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SU-910 de 2010

¹³⁶ Tamayo Jaramillo, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo 2. Bogotá, Ed. Temis 1986, p. 117.

públicos durante el tiempo que estuvo desvinculada. Para decir que además de lo anterior, la regla de decisión se extiende, en esas circunstancias, a descontar la remuneración que recibe la persona desvinculada, no solo del tesoro público sino también del sector privado, ya sea como trabajador dependiente o independiente.

Criterios amplificadores de lo que se tenía hasta el momento, estableciendo que *“la reparación debe corresponder al daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró la expectativa de estabilidad relativa en el cargo, se dispondrá que, en todo caso, la indemnización a ser reconocida no podrá ser inferior a los seis (6) meses que según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, estableciéndose, a su vez, un límite superior a la suma indemnizatoria de hasta veinticuatro (24) meses, atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio”*¹³⁷.

Teniendo de esta forma un término mínimo y un máximo que garanticen no exceder o caer por parte de la administración en pagos excesivos, según lo plantea la Jurisprudencia referenciada.

Posteriormente en el año 2015, La Corte profiere nuevos fallos, Sentencias SU-053 y SU-054 de 2015, la Corte se pronunció sobre varias acciones de tutela instauradas contra providencias judiciales mediante las cuales no se anularon los actos administrativos que retiraron del servicio a servidores públicos, sin motivación. En esta oportunidad la Corte retoma lo dicho en la Sentencia SU 556 de 2014, sobre el tema indemnizatorio.

Es importante concluir diciendo que, teniendo en cuenta el aspecto fundamental que se le atribuye al acto administrativo, en virtud del cual le permite a la administración a través de sus agentes crear, modificar o extinguir una situación jurídica, este debe armonizarse de forma integral tanto a la Constitución, la Jurisprudencia, la ley y la doctrina en la medida que no vulnere valores, principios y derechos fundamentales de aquellas personas que de una u otra parte se ven inmersos en el actuar del Estado.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se estableció una era de garantismo para todos los asociados del territorio Colombiano, esto permitió que a raíz de los fallos de la Honorable Corte Constitucional y en virtud de la expedición de la Ley 909 de 2004 de manera concreta y en garantía del Debido Proceso y Derecho de Defensa, el Estado al desplegar su actuar a través sus agentes está en la obligación de motivar de forma clara, razonada y precisa aquellos actos de retiro de los funcionarios públicos en provisionalidad.

¹³⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SU-910 de 2010

16. CONCLUSIONES

Puede afirmarse que, la motivación es la exteriorización de la justificación razonada y objetiva que permite llegar a una conclusión, sin la cual las decisiones se tornan arbitrarias, desproporcionadas e injustas, este deber de motivar tiene relación intrínseca con los principios democráticos, de publicidad y del debido proceso determinados en la Carta Política.

La necesidad de motivación de los actos administrativos es una carga y un deber que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a la administración pública, según la cual ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su actuar en determinado sentido. Es así, como el deber de motivar los actos administrativos, salvo excepciones precisas, constituyéndose en un límite a la discrecionalidad absoluta de la administración.

La falta de motivación del acto administrativo es un requisito de fondo que no sólo conlleva la declaratoria de nulidad del acto administrativo, sino la violación del derecho “fundamental al debido proceso”, entre otros derechos constitucionales.

El deber y obligación de motivación es la manifestación y justificación del comportamiento jurídico administrativo. Sin embargo, ya su presencia no se limita a un requisito de validez de la decisión administrativa, puesto que, al exigir una cualificación en su contenido es decir, una motivación suficiente y real, es el soporte de garantías jurídicas y procesales de los ciudadanos: mayores garantías procesales para los ciudadanos que deseen conocer los fundamentos y razones de la adopción de una decisión de la Administración y que el juez, en el eventual escenario que realice un control, pueda identificar más criterios para decidir sobre la validez y eficacia del acto administrativo.

Por último, la identificación de disposiciones normativas en el ordenamiento jurídico colombiano nos lleva a afirmar que es posible exigir una motivación suficiente a las autoridades administrativas. De hecho, la eliminación legislativa de la motivación sumaria o sucinta, nos permite constatar que cada vez más resulta obligatorio para la Administración pública justificar y fundamentar el contenido de sus decisiones cuando desarrollan facultades discrecionales. Interpretación que podría tomarse en próximas ocasiones para un avance en el alcance y contenido que ha realizado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

(s.f.).

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacion. (s.f.).

Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. . (s.f.).

Consejo de Estado. Sección 4. 23 de Junio de 2011. Rad. 11001-23-27-000-2006-00032-00(16090). C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. . (s.f.).

Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: “Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso- adminis. (s.f.).

GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia. 31 ed. Bogotá D.C. Colombia. Leyer 2013. 53 p. (s.f.).

GUECHA MEDINA CIRO NORBERTO, Derecho procesal administrativo, Cuarta edición, Grupo editorial Ibáñez, 2016, p.330 . (s.f.).

Guerra G. Yolanda M. Ph. D. Métodos de Investigación. Todos los Caminos conducen a Roma? Primera Edición. Pág.37. (s.f.).

Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales- 2007. (s.f.).

SANTOFIMIO GAMBOA JAIME ORLANDO, Tratado de derecho administrativo, tomo I, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p.356. (s.f.).

Sentencia C-472-92 y Sentencia C-479-92. (s.f.).

Sentencia SU 250 de 1998. (s.f.).

T-800/98 y T.884/02. (s.f.).

Sentencia SU-556 de 2014. Corte Constitucional. (s.f.).

Hernández Smpieri Roberto, Fernández Collado Carlos, Baptista Lucio Marie del Pilar, Metodología de la Investigación. Quinta edición. Mc Graw-Hill Interamericana Editores. S.A. DE C.V. (s.f.).

“Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...) Parágrafo 2º. Es reglada la competencia para e. (s.f.).

Artículo 5 de la Ley 909 de 2004. . (s.f.).

Artículo 5 de la Ley 909 de 2004. . (s.f.).

BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique, Manual del Acto Administrativo, 5ª Edición, Editorial ABC, Bogota D.C. 2009. (s.f.).

BUSTAMANTE LEDESMA ÁLVARO, La Responsabilidad Extracontractual del Estado, Segunda edición, Leyer, Bogotá D.C. Colombia, p. 193. (s.f.).

Citado por SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel, acto Administrativo Teoría General, 3ª Edición, Legis editores, Bogotá D.C. 2003. (s.f.).

Citado por SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel, Ibíd. . (s.f.).

Citado por SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel, Ibíd. . (s.f.).

Citado por SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel, Ibíd. . (s.f.).

Citado por SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel, Ibíd. . (s.f.).

Concepto número 952 de 8 de Abril 1997, Consejero ponente doctor Luis Camilo Osorio. (s.f.).

Consejo de Estado- Sala de Consulta y Servicio Civil- Rad. 1493 del 17 de diciembre de 2003. (s.f.).

Consejo de Estado- Sala de Consulta y Servicio Civil- Rad. 1493 del 17 de diciembre de 2003. (s.f.).

Consejo de Estado Sección Cuarta, Sentencia 25000232700020110039201 (20197), Sep. 28/16. (s.f.).

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA. C.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Bogotá D.C., 23 de junio de dos 2011. Número de radicación: 11001032700020060003200. Número interno 16090. Actor: DIANA CABALLERO AGUDELO Y GLOR. (s.f.).

Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 25000232400020080026501, abr. 14/16. (s.f.).

Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 25000232400020080026501, abr. 14/16. (s.f.).

Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 25000232400020080026501, abr. 14/16 (C.P. María Claudia Rojas Lasso). (s.f.).

Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 04 de agosto de 2010, (0319-08). (s.f.).

Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 13 de marzo de 2003, radicación 76001-23-31-000- 1998-1834-01(4972-01). (s.f.).

Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencias del 21 de junio de 2007 (4097-2005), del 19 de junio de 2008 (2256-2006), el 12 de marzo de 2009 (5374-05), del 11 de junio de 2009 (0012-2008), del 04 de agosto de 2010, (0319-08), entre muchas otras. (s.f.).

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-104 de 2009,. (s.f.).

Corte Constitucional, S. T.-1. (s.f.).

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-069 de 1995. (s.f.).

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-279 de 2007. (s.f.).

Corte Constitucional, Sentencia SU-250 de 1998. (s.f.).

Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras. (s.f.).

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: “Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso- administr. (s.f.).

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-204 de 2012. . (s.f.).

Corte Constitucional, Sentencia T-552 de 2005. Cfr., las Sentencias SU-250/98, T-132/07, T-308/08, T-356/08, entre muchas otras. (s.f.).

Corte Constitucional, Sentencias C-038 de 1996 y C-646 de 2000. (s.f.).

Corte Constitucional. (Bogotá, D.C). Sentencia C 832/2001. (MP Beltrán Sierra, Alfredo). . (s.f.).

Corte Constitucional. Sentencia SU-250 del 26 de mayo de 1998. Citada por Santofimio Gamboa, Jaime Orlando 1959. Compendio de Derecho Administrativo. Bogotá Universidad Externado de Colombia. 2017.543 p. . (s.f.).

Corte Constitucional. Sentencia T 210 de 2010. Citada por SANTOFIMIO GAMBOA JAIME ORLANDO. Compendio de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. 2017. Primera edición. P.363. . (s.f.).

Corte Constitucional. Sentencias T 522 de 1992; T653 t T796 de 2006, C 279 de 2007, “ El derecho al debido proceso es aplicable a todas las actuaciones administrativas, a pesar de las reglas específicas que rigen dichas actuaciones” . (s.f.).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia del 22 de septiembre de 2006. Citada por SANTOFIMIO GAMBOA JAIME ORLANDO. Ibíd.p355. . (s.f.).

Decreto 1527 de 1998 Arts. 6º y 7º. (s.f.).

Decreto 1572 de 1998 Artículo 3º. (s.f.).

En este sentido puede verse, por ejemplo, la Sentencia SU-1158 de 2003. (s.f.).

En general pueden consultarse las siguientes decisiones de la Corte Constitucional: Sentencias SU-1158 de 2003, T-951 de 2003, Autos 235 de 2003, 149A de 2003, 010 de 2004, 127 de 2004, 141B de 2004, 085 de 2005, 96B de 2005, 184 de 2006, 249 de 2006, 045. (s.f.).

En los términos de esta Sentencia, declárense EXEQUIBLES las frases "al menos en forma sumaria si afecta a particulares", del artículo 35, y "siquiera sumaria, cuando sea obligatoria", del artículo 76 del Código Contencioso Administrativo. (s.f.).

Fecha de expedición de la Ley 3 de septiembre de 1975. (s.f.).

GARCIA TREVIJANO FOS JOSE ANTONIO. “Los Actos Administrativos”, Editorial Civitas, S.A., 2ª Edición Actualizada, Madrid 1991, pág. 48. . (s.f.).

GIL, BOTERO ENRIQUE. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Séptima edición. Editorial Temis S.A. Bogotá- Colombia 2017. Pág. 8. (s.f.).

GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia. 31 ed. Bogotá D.C. Colombia. Leyer 2013. 53 p. (s.f.).

GUECHA MEDINA CIRO NORBERTO, Derecho procesal administrativo, Cuarta edición, Grupo editorial Ibáñez, 2016, p.259. (s.f.).

GUECHA MEDINA CIRO NORBERTO, Derecho procesal administrativo, Cuarta edición, Grupo editorial Ibáñez, 2016, p.259. (s.f.).

GUECHA MEDINA CIRO NORBERTO, Derecho procesal administrativo, Cuarta edición, Grupo editorial Ibáñez, 2016, p.330 . (s.f.).

HENAO, JUAN CARLOS. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado*. Revista de Derecho Privado. No.28. enero-junio de 2015. P. 280. (s.f.).

Ibídem. . (s.f.).

La Corte declaró exequibles los incisos segundo y tercero del artículo 79 de la Ley 190 de 1995. (s.f.).

Manuel María Díez. "El Acto Administrativo". Tipográfica Editora Argentina S.A. Buenos Aires. 1993. (s.f.).

PALACIO HINCAPIE JUAN ANGEL, Derecho procesal administrativo, Novena edición, Librería Jurídica Sánchez R Ltda. 2017, p 331. (s.f.).

PALACIO HINCAPIE JUAN ANGEL, Derecho procesal administrativo, Novena edición, Librería Jurídica Sánchez R Ltda. 2017, p 331. (s.f.).

Portocarrero, 1991. (s.f.).

Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales- 2007. (s.f.).

Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales- 2007. (s.f.).

Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales- 2007. (s.f.).

Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales- 2007. (s.f.).

Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales- 2007 Ídem. (s.f.).

SANTOFIMIO GAMBOA JAIME ORLANDO, Tratado de derecho administrativo, tomo I, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p.354. (s.f.).

SANTOFIMIO JAIME ORLANDO, Tratado de derecho administrativo, tomo I, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p.356. (s.f.).

Sección II, Subsección A, Sentencia de 15 de agosto de 2002. Expediente 745/01. (s.f.).

Sección II, Subsección A, Sentencia de 15 de agosto de 2002. Expediente 745/01. (s.f.).

Sentencia C , 2001. (s.f.).

Sentencia C 619 de 2002. M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA . (s.f.).

Sentencia C 832 de 2001, MP. Beltrán Sierra Alfredo . (s.f.).

Sentencia C. 862 de 2001. (s.f.).

Sentencia C-470/98. (s.f.).

Sentencia C-470/98. (s.f.).

Sentencia C-472-92 y Sentencia C-479-92. (s.f.).

Sentencia de 18 de abril de 2002, Rad. 5093-01 (Ref. 1348-99). (s.f.).

Sentencias de 20 de junio de 2002, exp. 408-01, de 3 de octubre de 2002, exp. 4117-01, de 31 de enero de 2002, exp. 118298-815-2000 y de 22 de agosto de 2002. (s.f.).

sentencias T-186 de 2013 y T-373 de 2017. (s.f.).

Tamayo Jaramillo, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo 2. Bogotá, Ed. Temis 1986, pg, 117. . (s.f.).

THEMISTOCLES BRANDAO CAVALCANTI. Teoría del Estado, 2º ed., Rio de Janeiro Brasil. 1669 p. Citado por Santofimio Gamboa, Jaime Orlando 1959. Compendio de Derecho Administrativo. Bogotá Universidad Externado de Colombia. 2017. 535 p. . (s.f.).

Tomás Ramón Fernández, "De la arbitrariedad de la administración". Madrid, Civitas, p.1994, p.164-165. (s.f.).

Ver Sentencia SU-556 de 2014. (s.f.).

Ver sentencias C-086 de 1995, S. 6.-5.-7.-9. (s.f.).

Ver sentencias C-086 de 1995, SU 640 de 1998, Sentencia C-590 de 2005, C-713 de 2008, y artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política . (s.f.).

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Santa Fe de Bogotá D.C.: Diario Oficial 47.956 de enero 18 de 2011.

En Sentencia de unificación SU-556 de 2014, Corte Constitucional.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 443 (11, junio, 1998). Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones. Santa Fe de Bogotá D.C.: Diario Oficial 43.320.