

**¿SE DEBEN MOTIVAR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCRECIONALES  
QUE ORDENAN EL RETIRO DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN  
PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y LOS  
QUE ORDENAN EL RETIRO DE EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y  
REMOCIÓN EN COLOMBIA?**

**JIMMY ALEXANDER CARDOZO REAL**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
SEDE BOGOTÁ  
FACULTAD DE DERECHO  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
2016**

**¿SE DEBEN MOTIVAR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCRECIONALES  
QUE ORDENAN EL RETIRO DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN  
PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y LOS  
QUE ORDENAN EL RETIRO DE EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y  
REMOCIÓN EN COLOMBIA?**

**JIMMY ALEXANDER CARDOZO REAL**

**TESIS DE GRADO COMO REQUISITO PARA  
OBTENER TÍTULO DE ESPECIALISTA EN  
DERECHO ADMINISTRATIVO**

**ASESOR:  
EYDER BOLÍVAR MOJICA**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
SEDE BOGOTÁ  
FACULTAD DE DERECHO  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO  
2016**

## **TABLA DE CONTENIDO**

|                                                                                                                                                                                                    | <b>Pág.</b> |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| <b>INTRODUCCIÓN</b>                                                                                                                                                                                | <b>1</b>    |
| 1. EL ACTO ADMINISTRATIVO                                                                                                                                                                          | <b>2</b>    |
| 2. EL ACTO ADMINISTRATIVO DISCRECIONAL                                                                                                                                                             | <b>4</b>    |
| 3. DECLARACIÓN DE INSUBSISTENCIA PARA<br>EMPLEADOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD<br>MEDIANTE CARRERA ADMINISTRATIVA.<br>DESVINCULACIÓN DEL CARGO PARA<br>EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN | <b>5</b>    |
| 4. MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS<br>DE CARÁCTER DISCRECIONAL EN COLOMBIA                                                                                                                 | <b>7</b>    |
| 5. Tensión QUE EXISTE ENTRE EL FALLO 734 DE 2011<br>DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA SENTENCIA<br>SU-053/15 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL                                                                   | <b>8</b>    |
| 5.1. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA SU-053 DEL<br>2015 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL                                                                                                                        | <b>8</b>    |
| 5.2. ANÁLISIS DEL FALLO 734 DE 2011 DEL<br>CONSEJO DE ESTADO                                                                                                                                       | <b>15</b>   |
| 6. CONCLUSIONES                                                                                                                                                                                    | <b>19</b>   |
| 7. BIBLIOGRAFÍA                                                                                                                                                                                    | <b>21</b>   |

## INTRODUCCIÓN

El presente escrito analiza los actos administrativos de carácter discrecional en Colombia, su definición, interpretación y fuentes jurídicas, para luego adentrarse en los actos administrativos discrecionales concernientes al retiro de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, y de los empleados de libre nombramiento y remoción en nuestro país. Se dejará una postura respecto a si este tipo de actos pueden o no sobreponerse a principios constitucionales, estableciendo si los mismos se pueden auto-determinar; dejándose a la discrecionalidad de la administración. Para ello se tomará como referencia la jurisprudencia del Consejo de Estado en su Fallo 734 de 2011<sup>1</sup> y de la Corte Constitucional en su Sentencia SU-053/15<sup>2</sup>, aclarando la postura que se tiene sobre este tipo de actos por parte de los dos altos tribunales de cierre.

Se justifica la presente investigación en el hecho de observarse un mal manejo por parte de la administración con respecto a la aplicabilidad de estos actos en nuestro ordenamiento jurídico, más aún; cuando los ciudadanos no tienen la posibilidad de conocer el trasfondo de este tema, su evolución y su aplicación actualmente por parte de la legislación Colombiana, por lo que nos centraremos en las siguientes preguntas: ¿Es necesario motivar los actos administrativos de carácter discrecional relativos al retiro de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera y de los empleados de libre nombramiento y remoción?, ¿Hasta qué punto estos actos administrativos pueden ir en contra de principios constitucionales?, ¿Cómo aborda el tema actualmente la jurisprudencia Colombiana en las Sentencias 734 de 2011 del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en la Sentencia SU-053/15?.

Las metodologías y técnicas que se utilizarán para llevar a cabo la investigación que da sustento al presente escrito serán: *teórico-jurídica*, toda vez que se recolectará doctrina, jurisprudencia, normas y conceptos jurídicos que se han establecido sobre el tema de investigación, con el fin de dar un soporte válido al presente escrito, trazando líneas de discusión que se puedan llegar a encontrar a través de la investigación. De *reflexión*, ya que al analizar la información recolectada, se hará un análisis propio para llegar a una conclusión y sentar una posición sobre el tema, desarrollando las preguntas inicialmente planteadas y dar

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección “B”, Consejero Ponente: DR. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá D. C., veintitrés (23) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 170012331000200301412 02(0734-10).

<sup>2</sup> Magistrada sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá D. C., febrero doce (12) de dos mil quince (2015).

un aporte personal. Y por último, *cualitativa*, puesto que se adoptarán las medidas necesarias para cumplir con los objetivos de la investigación y responder las preguntas de estudio.

Los anteriores métodos serán utilizados para determinar si se deben motivar los actos administrativos discrecionales sobre el retiro de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, y sobre el retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción en Colombia, esto a partir de las Sentencias 734 de 2011 del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en su Sentencia SU-053/15, para lo cual se analizará la tensión que existe entre estas dos sentencias y se adoptará una postura que resuelva el problema de investigación, a partir de la tensión existente entre los tribunales de cierre.

## 1. EL ACTO ADMINISTRATIVO

El Acto Administrativo es el medio mediante el cual la Administración Pública que posee un Estado se manifiesta para establecer directrices a las personas, es de vital importancia porque concierne a una persona en particular o a un número indeterminado, creando, modificando o extinguiendo una situación jurídica, por lo que tal y como lo define la Corte Constitucional, es: *“(...) manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados”<sup>3</sup>*.

A su vez, los actos administrativos tienen presunción de legalidad<sup>4</sup>, tal y como lo señala también la Corte Constitucional: *“(...) La eficacia del acto administrativo se debe pues entender encaminada a producir efectos jurídicos. La eficacia del acto comporta elementos de hecho, pues una decisión administrativa adoptada de conformidad con el ordenamiento jurídico superior, cobijada por presunción de constitucionalidad y de legalidad, puede constituir un acto administrativo perfecto pero ineficaz. Así mismo, una decisión viciada de nulidad por no cumplir con todos*

---

<sup>3</sup> Sentencia C-1436/00. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra, Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre del año dos mil (2000).

<sup>4</sup> DROMI, José Roberto. Manual de Derecho Administrativo. Tomo I. Astrea, Buenos Aires, 1987. páginas 136 y 137: “la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente. La presunción de legitimidad importa, en sustancia, una presunción de regularidad del acto, también llamada presunción de “legalidad”, de “validez”, de “juridicidad” o pretensión de legitimidad. El vocablo “legitimidad” no debe entenderse como sinónimo de “perfección”

*los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico superior, puede llegar a producir efectos por no haber sido atacada oportunamente (...)*<sup>5</sup>.

En general, el acto administrativo viene siendo la expresión de la voluntad de la administración para determinar una situación jurídica en particular, sujeta a derecho, que por consiguiente se presume legal y debe ser acatada por las personas. Sobre su existencia, la Corte Constitucional señala: “(...) *El acto administrativo existe, desde el momento en que es producido por la Administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. La existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual (...)*”<sup>6</sup>.

Entre los actos administrativos se encuentran los reglados, los cuales son: “(...) *Actos administrativos dictados por las Administraciones públicas en el ejercicio de potestades cuyas condiciones se verifican de forma automática y sin margen de apreciación subjetiva (...)*”<sup>7</sup>, y se diferencian de los discrecionales, pues estos últimos para Diego Younes Medina se entiende como: “(...) *aquella potestad de la Administración que no se encuentra total o parcialmente determinada por la norma que otorga la competencia, de tal suerte que el órgano que expide el acto tiene la capacidad de apreciar los medios adecuados para su expedición, los cuales se encuentran respaldados por la presunción de legalidad. En este caso, el control es limitado en la medida en que los medios de la Administración deben ser evaluados conforme a los principios de oportunidad y proporcionalidad en la expedición del acto (...)*”<sup>8</sup>.

En este orden de ideas, tenemos que la Legislación ha otorgado un margen discrecional a la administración para expedir sus actos, cuando los mismos no están rígidamente constreñidos a la norma, discrecionalidad que no es absoluta, como ya se observará más adelante, pero que se da para que la administración pueda desarrollar sus funciones sin limitarse completamente a una norma que puede llegar

---

<sup>5</sup> Sentencia No. C-069/95. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara, Santa Fe de Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

<sup>6</sup> Ídem.

<sup>7</sup> Página Web “Enciclopedia Jurídica”, URL: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/actos-administrativos-reglados/actos-administrativos-reglados.htm>

<sup>8</sup> Consejos superiores de la administración, neo-corporativismo y participación orgánica, Capítulo III, Consejos Superiores de la Administración, acto administrativo y controles sobre la Administración, Editorial Universidad de Rosario (Colombia), Escrito por Diego Younes Medina, Publicado en 2011.

a cambiar o porque una situación en particular requiere de una decisión distinta a la establecida comúnmente.

## 2. EL ACTO ADMINISTRATIVO DISCRECIONAL

Como hemos observado en el capítulo anterior, existe una diferenciación respecto a los actos administrativos. En este caso analizaremos los más debatidos en los últimos tiempos por parte de la jurisprudencia y doctrina Colombiana, es decir; el caso de los actos administrativos discrecionales.

Este tipo de actos se podría definir de la siguiente manera: *“(...) la facultad de elegir entre varias formas de comportamiento administrativo igualmente posibles todas ellas desde un punto de vista jurídico. Por el contrario, cuando el contenido del acto administrativo está sujeto a un precepto jurídico concreto anterior, se dice que es un acto administrativo reglado. Más que hablar de acto discrecional como contrapuesto a acto reglado, es más correcto hablar de discrecionalidad absoluta o discrecionalidad plena y de discrecionalidad menos plena, puesto que los márgenes de actuación libre que deja la norma administrativa son insoslayables en la mayoría de los casos, afectando de forma variable al contenido imperativo de la regla (...)”*<sup>9</sup>.

Por lo que para la Corte Constitucional en Sentencia SU 127 de 2015 se señala: *(...) la potestad discrecional se presenta cuando una autoridad es libre, dentro de los límites de la ley, de tomar una u otra decisión, porque esa determinación no tiene una solución concreta y única prevista en la ley (...)”*<sup>10</sup>.

En esta medida, los actos discrecionales son el resultado de la manifestación de la voluntad, unilateral y discrecional de la administración, concerniente a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de manera subjetiva, y amparada por la Ley, por lo que se presumen legales pues no pueden ir en contra de los preceptos constitucionales.

Es aquí cuando se toca el tema de la motivación de los actos administrativos, pues por regla general, todo acto administrativo debe ser motivado para que el receptor pueda conocer en realidad el motivo de su expedición, pero en el caso de los actos discrecionales, como su nombre lo indica, queda a la disposición de la administración la decisión, y estos pueden ser expedidos con una motivación menor

---

<sup>9</sup> <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/acto-administrativo-discrecional/acto-administrativo-discrecional.htm>

<sup>10</sup> Sentencia SU172/15, Referencia: Expediente T-4.076.348, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado, Bogotá D. C., dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015).

que los actos reglados. Por lo que *“tratándose de la facultad discrecional, es una potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta o forma de proceder no esté previamente determinada por la ley. En estos eventos, el servidor público es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades”*<sup>11</sup>.

Pero dicha potestad no es ilimitada, ya que como lo señaló el Consejo de Estado: *“(...) el ejercicio de la potestad discrecional no es ilimitado, sino menguado por el principio de la relatividad, que se traduce en que la distribución del poder se construye sobre la contención del mismo, que impide la existencia de potestades absolutas que corrompen absolutamente, La facultad discrecional no implica el fuero de intangibilidad sobre los actos administrativos para satisfacer caprichos individuales (...)”*<sup>12</sup>.

La anterior precisión se realiza en virtud que, no se debe confundir discrecionalidad con arbitrariedad, ya que una cosa es un margen de discernimiento que se le da a la administración y otra muy distinta, es dar la facultad a capricho para que se tome una decisión que muchas veces llega a ser determinada por la conveniencia individual de quien expide el acto.

### **3. DECLARACIÓN DE INSUBSISTENCIA PARA EMPLEADOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD MEDIANTE CARRERA ADMINISTRATIVA. DESVINCULACIÓN DEL CARGO PARA EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN.**

La declaratoria de insubsistencia es el cese del servicio de un funcionario público, el cual se da por medio de un acto administrativo, que está sujeto a las normas que regulan al funcionario nombrado en provisionalidad en los casos de la vinculación mediante carrera administrativa.

En estricto sentido, las personas que obtienen su cargo mediante concurso de mérito para desempeñar cargos en carrera administrativa, no pueden ser desvinculadas de

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección “B”. Consejero Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado. Bogotá, D.C. tres (3) de agosto de dos mil seis (2006). Radicación número: 25000-23-25-000-2000-04814-01(0589-05).

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección “B”. Consejero Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado. Bogotá, D.C., tres (3) de agosto de dos mil seis (2006), Radicación número: 25000-23-25-000-2000-04814-01(0589-05).

su cargo sino por las causales previstas en la Ley 909 de 2004, mediante la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. Es en este caso donde la declaratoria de insubsistencia mediante acto administrativo debe ser motivada, es decir; con fundamentos reales y sustentados en la Ley.

Por otra parte, para la declaración de insubsistencia o retiro de personas en cargos vinculados mediante el libre nombramiento y remoción, en un principio estos actos no se deberían motivar, puesto que su esencia era el hecho de la confianza que se tenía con el servidor nombrado, como lo señaló en su momento la Corte Constitucional: *“(...) La confianza es un criterio subjetivo relevante no solo para establecer si un cargo es de libre nombramiento o remoción, especialmente en aquellos empleos de cualquier nivel jerárquico que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, sino también para determinar el ingreso y la permanencia en el cargo del respectivo servidor público (...)”*<sup>13</sup>.

No obstante a lo anterior, uno de los requisitos que se determinan para la desvinculación de una persona en un cargo de libre nombramiento y remoción, también era el hecho de dejar una constancia de la desvinculación del cargo, pues se puede incurrir en una desviación del poder, hecho determinante para que un acto administrativo sea nulo. En este sentido, la Sentencia C-443 de 1997<sup>14</sup>, señaló:

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

Es por esta razón que se dice que la discrecionalidad tiene un margen, el cual es delimitado por la misma Constitución y la Ley, es por esto que si se aparta de estos presupuestos, nos encontraríamos frente a un acto arbitrario que se aparta del ordenamiento jurídico, por lo que se debe evitar caer en una desviación del poder,

---

<sup>13</sup> Sentencia T-686/14. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil catorce (2014)

<sup>14</sup> Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Santa fe de Bogotá, dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

facultad otorgado a la administración para desarrollar de la mejor forma los intereses del Estado y no de una persona en particular.

#### **4. MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER DISCRECIONAL EN COLOMBIA**

Uno de los elementos esenciales de los actos administrativos aceptado por la jurisprudencia colombiana<sup>15</sup>, es el de la motivación, pues no puede existir una decisión sin fundamento, más aún en un Estado Social de Derecho<sup>16</sup> donde priman los principios constitucionales de las personas. Pero es el hecho que nos ocupa es el de determinar si los actos administrativos que se predicen ser discrecionales, necesariamente deben tener una motivación, si la tienen en menor medida o definitivamente no es un elemento necesario para este tipo de actos.

Al entrar a hacer un análisis sobre las consecuencias que se obtendrían de no motivar un acto administrativo, o al darle un carácter discrecional amplio a la administración, nos encontraríamos con una violación a principios y derechos fundamentales que establece nuestra actual Constitución Política. Y es que el hecho de que una persona no conozca los motivos de su retiro de un cargo que ha obtenido por uno u otro medio, es un evidente desconocimiento de su derecho de defensa y contradicción, y nos encontraríamos ante una autoridad que no tendría límites, es por esto que la Corte Constitucional, como máximo órgano garante de la Constitución en el ordenamiento jurídico, ha adoptado una posición garantista respecto a este tema, como veremos más adelante.

Caso contrario es la posición adoptada por el Consejo de Estado, que tiene una visión más “liberal”, pues si bien no pregonan el hecho de que en su totalidad la administración pueda tomar decisiones sin motivar los actos administrativos discrecionales, sí le da un margen de discrecionalidad más flexible a la administración, pues trata de desarrollar el carácter y alcance de este tipo de actos, intentando dar un mayor sentido a su creación.

---

<sup>15</sup> Sentencia SU053/15. Magistrada sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá D. C., febrero doce (12) de dos mil quince (2015).

<sup>16</sup> La Constitución esta concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales. Sentencia No. T-406/92. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

Se podría definir la discrecionalidad de la siguiente forma: “(...) *la facultad de la Administración de actuar libremente cuando la Ley la habilita para ello. Luego matizaremos los límites y condiciones que atemperan esa libertad*”, y a la arbitrariedad de la siguiente manera: “*De una manera simple podríamos decir que en la actualidad arbitrario aunque mantiene la connotación peyorativa, sin embargo se entiende más bien como acto injusto, o acto inmotivado, como acto contrario al Derecho, concebido éste esencialmente como fundamento, como soporte racional y fundado de los actos*”.<sup>17</sup>

Claro está que por la naturaleza de algunos actos, se podría decir que la facultad discrecional que tiene la administración es mayor que en otros. Es el caso de los actos que apartan del cargo a una persona vinculada mediante el libre nombramiento y remoción, pues de la misma forma como se vinculó, se puede apartar, pero cada caso es distinto, y se podrían estar desconociendo de esta manera principios constitucionales.

A continuación se analizarán las dos posiciones actuales de los principales tribunales de cierre en nuestro país, con el fin de ayudar a vislumbrar el camino que se ha recorrido con este tema hasta llegar a nuestros días, ayudando a adoptar una posición propia sobre el tema.

## **5. Tensión que existe entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional respecto a la motivación de los actos discrecionales en nuestro país, tomando como referencia el fallo 734 de 2011 del Consejo de Estado y la sentencia SU-053/15 de la Corte Constitucional.**

### **5.1. Análisis de la sentencia SU-053 del 2015<sup>18</sup> de la Corte Constitucional.**

Algunos de los temas que toca la sentencia y que nos incumbe en esta investigación en particular, son: el deber de motivación de actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, la acción de tutela contra entidades que declararon la insubsistencia sin motivación del acto de retiro de

---

<sup>17</sup> Acerca de las diferencias entre discrecionalidad y arbitrariedad en la actuación de la administración. María José Alemán Pardo [http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver\\_articulo.php?articulo=96](http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=96)

<sup>18</sup> Asunto: Motivación de los actos administrativos de servidores públicos que ocupan cargos en provisionalidad y límites a la facultad discrecional del Gobierno y de la Policía Nacional para retirar miembros del servicio activo. Magistrada sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá D. C., febrero doce (12) de dos mil quince (2015).

funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, la facultad discrecional del gobierno y de la policía nacional para retirar miembros del servicio activo (discrecionalidad difiere de arbitrariedad), el retiro discrecional por razones del servicio de oficiales y suboficiales de la policía nacional y fuerzas militares.

*Como síntesis del caso tenemos: todas las acciones de tutela de la referencia se instauraron contra providencias judiciales que no anularon actos administrativos que retiraron del servicio a servidores públicos, sin motivación. Sin embargo, en esos expedientes hay dos grupos de temas claramente diferenciados. En primer término, hay un grupo de tutelas que plantean problemas relacionados con la motivación de los actos administrativos de retiro de empleados públicos, vinculados a cargos de carrera en provisionalidad. En segundo término, se presenta otro conjunto de acciones de tutela contra sentencias judiciales, pero concernientes a la facultad discrecional de retiro de miembros activos de la Fuerza Pública, específicamente de la Policía Nacional. Todos los accionantes buscan la protección de sus derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad y a la estabilidad laboral.*

El problema jurídico es el siguiente: *en primera medida se debe establecer si las sentencias objeto de revisión desconocen el precedente constitucional relacionado con la motivación de los actos administrativos de retiro de empleados públicos, vinculados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, y si, en consecuencia, esas providencias vulneran los derechos del primer grupo de demandantes al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad y a la estabilidad laboral.*

*Por otra parte, debe determinarse si las sentencias objeto de revisión desconocen el precedente relacionado con la motivación de los actos administrativos de retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública, y si, en consecuencia, esas providencias vulneran los derechos del segundo grupo de peticionarios al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad y a la estabilidad laboral.*

Para el caso que nos ocupa, se entrará a desarrollar lo establecido por la Corte Constitucional en relación con el tema materia de estudio. En primera medida, respecto al deber de motivación de los actos administrativos de servidores públicos que ocupan cargos en provisionalidad. Para lo cual reiterada jurisprudencia ha señalado:

*“Debido a la abierta discrepancia que se venía presentando entre la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, respecto al inexcusable deber de motivar los actos administrativos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad, esta Corporación en la sentencia SU- 917 del 16 de noviembre 2010<sup>19</sup>, reiteró y unificó la regla sobre tal deber de motivación, sentada desde sus primeras decisiones sobre el tema y que se mantuvo inalterada en los fallos que la precedieron, aun cuando existían algunos matices respecto a las medidas puntuales de protección constitucional”.*

Luego entra a retomar un poco la historia que ha tenido la Corporación hasta nuestros días sobre el tema:

*“Así, desde la sentencia SU-250 de 1998<sup>20</sup> hasta en los más recientes pronunciamientos, la Corte ha sostenido que “necesariamente debe haber motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en uno de los empleos que no son de libre nombramiento y remoción”.*

Por lo que nos recuerda: *“En efecto, en la reciente sentencia de unificación SU-556 de 2014<sup>21</sup>, la Corte reiteró, en concordancia con los anteriores pronunciamientos, que la inexistencia de motivación razonable del acto administrativo que retira a un funcionario que ha ocupado un cargo de carrera en provisionalidad, conlleva su nulidad, con fundamento en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo<sup>22</sup>. “el desconocimiento del deber de motivar el acto, es una violación del debido proceso del servidor público afectado por tal decisión, en tanto la naturaleza del cargo le reconoce una estabilidad relativa que en los eventos de desvinculación se materializa en el derecho a conocer las razones por las cuales se adoptó tal determinación”.*

---

<sup>19</sup> Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>20</sup> Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Dicha posición ha sido reiterada en las sentencias T-683/98, T-800/98, T-884/02, T-610/03, T-752/03, T-1011/03, T-597/04, T-951/04, T-1206/04, T-1240/04, T-031/05, T-054/05, T-123/05, T-132/05, T-161/05, T-222/05, T-267/05, T-374/05, T-392/05, T-454/05, T-648/05, T-660/05, T-696/05, T-752/05, T-804/05, T-1059/05, T-1117/05, T-1159/05, T-1162/05, T-1248/05, T-1258/05, T-1310/05, T-1316/05, T-1323/05, T-024/06, T-070/06, T-081/06, T-156/06, T-170/06, T-222/06, T-254/06, T-257/06, T-432/06, T-519/06, T-634/06, T-653/06, T-873/06, T-974/06, T-1023/06, T-064/07, T-132/07, T-245/07, T-384/07, T-410/07, T-451/07, T-464/07, T-729/07, T-793/07, T-838/07, T-857/07, T-887/07, T-1092/07, T-007/08, T-010/08, T-157/08, T-270/08, T-308/08, T-341/08, T-356/08, T-437/08, T-580/08, T-891/08, T-1022/08, T-1112/08, T-1256/08, T-011/09, T-023/09, T-048/09, T-087/09, T-104/09, T-108/09, T-109/09, T-186/09, T-188/09, T-205/09, T-251/09, T-269/09, T-736/09, SU-917/10, T-656/11, SU-691/11, T-961/11, T-204/12, T-147/13, T-716/13 y SU-556/14.

<sup>21</sup> Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>22</sup> Son nulos los actos administrativos que contravengan normas en las que han de fundarse, y que desconozcan derechos de los administrados afectados por el acto.”

Específicamente sobre el deber de motivación de los actos administrativos sostuvo la sentencia referida que:

i. *El principio general es que los actos de la administración han de tener una motivación acorde con los fines de la función pública, con el fin de evitar arbitrariedades y se permita su control efectivo, salvo en los casos exceptuados por la Constitución y la ley.*

ii. *La necesidad de motivación de los actos administrativos es una manifestación de principios que conforman el núcleo de la Constitución de 1991, entre los cuales se debe resaltar la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad, y el derecho al debido proceso.*

iii. *El deber de motivar supone la sujeción al principio de legalidad, al ser la forma en que la administración da cuenta a los administrados de las razones que la llevan a proceder de determinada manera, permitiéndoles, por lo tanto, controvertir las razones que condujeron a la expedición del acto, como manifestación de su derecho de contradicción.*

iv. *Cuando la Constitución y la ley lo prevean, es posible que el deber de motivar el acto se encuentre atenuado o reducido. Dichas excepciones responden a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que rigen la función administrativa.*

Por lo que entró a señalar los criterios que se han observado para llegar a la posición actual que tiene el Tribunal: *“los servidores que ostentan en provisionalidad cargos de carrera, no son destinatarios del derecho de estabilidad indiscutible de quien accede a la función pública por medio del concurso de méritos, pero de ello no se concluye una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción. Por lo tanto, al declararse insubsistente a uno de dichos funcionarios, deben darse a conocer las razones específicas que conducen a su retiro, las cuales deben relacionarse con el servicio prestado o al nombramiento en propiedad del cargo, de manera que no se incurra en una violación de los derechos a la estabilidad laboral y al debido proceso, y a los principios constitucionales de igualdad y del mérito en el acceso a la función pública”.*

Para así llegar a desarrollar la posición que se ha unificado en la Corporación: *“A su turno, la precitada sentencia SU-556 de 2014 unificó la posición de esta Corporación, en torno a las medidas de protección que deben adoptarse, cuando se desvincula sin motivación a un funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera. De hecho, luego de un recuento jurisprudencial, mantuvo invariablemente la regla*

*conforme a la cual, lo que procede en estos casos, es 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”.*

En este orden de ideas, sobre la discrecionalidad y la arbitrariedad se concluye lo siguiente:

*“Lo arbitrario expresa el capricho o voluntad individual, contraria a la razón, de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. Por tanto, según la Sentencia C-031 de 1995, hasta “en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el recurso contencioso-administrativo por desviación de poder contra aquellos actos discrecionales de la administración en que el agente de la administración se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de derecho. Así se puede concluir que la potestad discrecional, en nuestro sistema jurídico, tiene un límite fuerte en la prohibición de la arbitrariedad”.*

A su vez, se justifica el hecho de que los actos discrecionales de retiro de miembros de la Policía deben tener un mínimo de motivación, pues las personas tienen el derecho a conocer las causas de su desvinculación, pues su retiro debe ser proporcional y razonable a los actos que ha cometido en el desarrollo de sus funciones.

Como conclusión más importante en la presente sentencia, se encuentra el hecho de unificar la jurisprudencia en materia de motivación de los actos discrecionales de retiro, ya que se forman unas sub-reglas para establecer los parámetros de motivación. Sustentándose de la siguiente manera:

*“La Sala Plena de esta Corporación, en ejercicio de tal función unificadora, pasa a proponer el estándar mínimo de motivación para que, en todo caso, prevalezca la interpretación que más se acompasa con los postulados del Estado Social de Derecho, el principio de legalidad y el respeto por los derechos fundamentales de los policías:*

- i. Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente deben motivarse en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible;*

- ii. *La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado;*
- iii. *El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio;*
- iv. *El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional. No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad;*
- v. *El afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, una vez se expida el acto administrativo de retiro. Por lo tanto, en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado. En tal examen se debe analizar, entre otros, las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales;*
- vi. *Si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos conservaran tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado. El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente;*
- vii. *Si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos. Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes y los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro”.*

De lo anterior se puede concluir que, en todo caso se debe motivar un acto administrativo de carácter discrecional, en mayor o en menor medida, pero que dicha

motivación debe establecer los fundamentos reales por los cuales se aparta una persona del cargo, ya sea por medio de provisionalidad en carrera o mediante el libre nombramiento y remoción, esto con el fin de garantizar los efectivos derechos de las personas y los principios constitucionales que pregonan el Estado, so pena de incurrir en una nulidad el acto.

Para dar paso al siguiente fallo proferido por el Consejo de Estado sobre el tema, se transcribirá un aparte de la Sentencia de la Corte Constitucional analizada en este capítulo, que tiene relación con la postura del Consejo de Estado, la cual se señala con el título: *Jurisprudencia desarrollada por el Consejo de Estado: los actos de retiro no deben ser motivados, lo cual no implica que el retiro no esté fundado en razones objetivas*. Allí se señala:

*“Esta otra postura, si se quiere sustancial, fue posteriormente reiterada<sup>23</sup>, en pronunciamientos que establecieron como ratio decidendi que si bien los actos discrecionales de retiro no debían ser motivados, los mismos sí debían estar sustentados en motivos ciertos y objetivos, que el juez podía comprobar a través de la apreciación, por ejemplo, de la hoja de vida, de las evaluaciones de desempeño o de los antecedentes del agente retirado. De lo anterior, da cuenta la sentencia del 3 de agosto de 2006, la Subsección B de la Sección Segunda<sup>24</sup> cuando señala que:*

*“...el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad.*

*Cabe destacar, que el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de*

---

<sup>23</sup> Ver entre otras las siguientes sentencias, todas del Consejo de Estado y la Sección Segunda:

· Del 27 de marzo de 2003, con radicación 08001-23-31-000-1999-2295-01(5003-01), Subsección B, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

· Del 8 de mayo de 2003, con radicación 25000-23-25-000-1998-7979-01(3274-02), Subsección B, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

· Del 3 de agosto de 2006, con radicación 25000-23-25-000-2000-04814-01(0589-05), Subsección B, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

· Del 25 de noviembre de 2010, con radicación 25000-23-25-000-2003-06792-01(0938-10), Subsección B, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

· Del 21 de noviembre de 2013, con radicación 05001-23-31-000-2002-04567-01(0254-12), Subsección A, C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>24</sup> Con radicación 25000-23-25-000-2000-04814-01(0589-05), Subsección B, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

*causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.*

*En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A.*

*No se trata de exigir la motivación del acto sino la justificación de los motivos, la primera es un aspecto formal propio de algunas decisiones que implica la expresión en el texto del acto de las razones de su expedición, la segunda es un elemento de su entraña, de su esencia y formación, por ende, es la parte sustancial del acto.”*

*Siguiendo esa tesis, que hoy por hoy es mayoritaria en el Consejo de Estado, es claro que al controlar la legalidad de los actos de retiro, se hace indispensable que el juez verifique por sí mismo todos los documentos que el afectado aporte o solicite a fin de demostrar la ilegalidad de su retiro<sup>25</sup>.*

*De todo lo precedente, se puede concluir entonces que la mayoría de los pronunciamientos del Consejo de Estado expresan que los actos de retiro no son susceptibles de motivación. Sin embargo, los mismos deben ser expedidos cumpliendo las exigencias legales y constitucionales respectivas, de las cuales la principal es la verificación del concepto previo emitido por el Comité de Evaluación correspondiente”.*

Como se puede evidenciar, existe cierto distanciamiento entre los conceptos que tienen una Corporación y otra, es por esto que ahora se analizará la postura del Consejo de Estado.

## **5.2. ANÁLISIS DEL FALLO 734 DE 2011<sup>26</sup> DEL CONSEJO DE ESTADO.**

---

<sup>25</sup> Ver por ejemplo la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda del 21 de noviembre de 2013, con radicación 05001-23-31-000-2002-04567-01(0254-12), Subsección A, C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección “B”. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá D. C., veintitrés (23) de febrero de dos mil once (2011). radicación número: 170012331000200301412 02(0734-10). Actor: Gonzalo González Galvis. Demandado: Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales – Infi-Manizales.

En este fallo del Consejo de Estado, se analizan principalmente los siguientes temas: el empleado de libre nombramiento y remoción, la declaratoria de insubsistencia es procedente de forma inmotivada, presunción de legalidad, es susceptible de ser desvirtuada, desviación del poder, fines distintos al buen servicio y los previtos en la norma, confianza en un cargo de libre nombramiento y remoción, para el buen ejercicio del cargo, falsa motivación, ejercicio de la facultad discrecional para reacomodación del equipo de trabajo.

El resumen del caso en estudio es el siguiente: *el actor fue vinculado por el Gerente General del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales – INFI-MANIZALES- mediante Resolución No. 0183 D.F.A de 23 de octubre de 2001 para que ocupará el cargo de Secretario General; posteriormente, fue declarado insubsistente por medio de la Resolución No. 117 D.F.A. de 15 de agosto de 2003, sin tener en cuenta, que desempeñó sus funciones con idoneidad, eficiencia, dedicación, responsabilidad y sin que se hubiera llevado a cabo alguna investigación disciplinaria, penal o fiscal.*

*Ahora bien, no puede verse su declaratoria de insubsistencia del demandante desde la óptica del mejoramiento del servicio, habida consideración de las altas calidades y cualidades de éste; además, a lo largo de su trayectoria profesional, no ha sido sancionado por haber cometido faltas contra la ética profesional o por haber violado el Estatuto Disciplinario.*

El problema jurídico de la presente sentencia es: *establecer si se encuentra ajustada a derecho la decisión del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales Infi-Manizales, al declarar insubsistente el nombramiento de Gonzalo González Galvis, quien se desempeñaba como Secretario General, adscrito a la Gerencia General de la misma entidad.*

En otros términos, se trata de establecer si se puede desvincular a una persona designada mediante el libre nombramiento y remoción sin motivación alguna, o con una motivación apenas sumaria. Para desarrollar lo anterior, se precisarán algunos apartes del fallo del Consejo de Estado, donde se evidenciará la posición que tiene esta Corporación con respecto a la motivación de los actos administrativos discrecionales.

El Tribunal trae a colación la posición ratificada por el Consejo de Estado respecto al tema de la siguiente manera: *“La declaratoria de insubsistencia de un empleado de*

*libre nombramiento y remoción, como el demandante, es procedente de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, y goza de presunción de legalidad tal como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado*<sup>27</sup>.

Sin embargo, se adjudica de cierto modo la postura que tiene la Corte Constitucional respecto al tema, pero de una manera más legalista y no garantista al señalar lo siguiente: *“No obstante lo anterior, por ser presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a infirmarla. Tal presunción surge de la aplicación del principio de legalidad, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la Ley y los Reglamentos, y “opera en el quehacer de la administración pública imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a las reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia”*<sup>28</sup>.

Por lo que da un mecanismo de protección para que las personas que sientan vulnerados sus derechos con un acto discrecional, puedan protegerlos de la siguiente manera: *“Por tratarse de una presunción de legalidad, que surge de la naturaleza del acto mismo, para efectos de su anulación, el demandante tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya el cargo aducido como causal de anulación conforme a lo dispuesto por los artículos 176 y 177 del C.P.C., aplicables al asunto por remisión de los artículos 168 y 267 del C.C.A”*.

Al desarrollar el argumento anterior, se entra específicamente a hablar de la *desviación del poder*, el cual se podría entender como un vicio del acto administrativo, acogiendo a la postura que tiene la Corte Constitucional sobre el tema<sup>29</sup>.

En esta medida, el Consejo de Estado señala: *“El fenómeno de desviación de poder se puede presentar, aun en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico; por consiguiente, además de los*

---

<sup>27</sup> Ver entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 1º. de noviembre de 2007, Expediente No. 250002325000199902672 01 (4249-2004), Actora: Yolanda Teresa Gómez Fajardo, Consejero Ponente : Dr. Jesús María Lemos Bustamante

<sup>28</sup> Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, 4ª edición, 1995, página 98.

<sup>29</sup> Sentencia T-736 de 2009.

*requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio<sup>30</sup>”.*

*En conclusión y para resolver el tema que nos interesa, el Consejo de Estado sostiene: “La declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, es procedente de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, y goza de presunción de legalidad. No obstante lo anterior, por ser presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a infirmarla. El fenómeno de desviación de poder se puede presentar, aun en los actos administrativos de naturaleza discrecional, pues tal prerrogativa no puede ejercerse de manera arbitraria o exceder los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico; por consiguiente, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio. En estas condiciones, es importante manifestar, que son las razones del buen servicio las que deben primar constantemente en el desarrollo de la administración, más aun, cuando en los cargos de libre nombramiento y remoción se encuentra presente incesantemente un grado de confianza que no la tienen otros trabajadores.*

Hasta aquí, se podría decir que la postura de la Corporación es: los actos discrecionales se pueden expedir sin motivación, los mismos deben proferirse con base a la realidad, basándose por ejemplo en el mejoramiento del servicio o en el grado de confianza, lo que haría también suponer que, se debería motivar el acto de una manera sumaria. Por lo que continúa el Tribunal de la siguiente manera:

*“(…) La situación en que se encuentran los empleados que gozan de fuero de relativa estabilidad laboral no es igual a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción pues, respecto de estos se predica un grado de confianza que no se requiere en aquellos. La finalidad que se persigue con la autorización de removerlos libremente es razonable pues consiste en asegurar la permanencia de la confianza que supone el ejercicio del cargo. El actor desempeñó un cargo de confianza y manejo, que al ser vinculado bajo la modalidad de empleado de libre nombramiento y remoción, podía ser retirado del servicio sin la necesidad de motivar el acto de desvinculación, pues, la ley les ha dado un tratamiento especial para que éstos cargos sean ejercidos sólo por aquellas personas que el nominador llame a acompañarlo en su gestión, en razón del alto grado de confiabilidad que en ellas debe depositar. En consecuencia, resulta razonable, que en aras del interés institucional, el nominador -en ejercicio de su potestad discrecional- pueda retirar del*

---

<sup>30</sup> Al respecto, disponía el artículo 36 del C.C.A.: “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”.

*servicio a funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo de trabajo. Esa facultad discrecional para remover libremente a sus empleados otorgada a los nominadores implica un cierto margen de libertad, para decidir con qué funcionarios cumple mejor la administración los fines encomendados a la entidad a su cargo (...)."*

En este sentido, el Consejo de Estado toma y asume su postura, ya que pueden no ser motivados los actos de carácter discrecional, siempre que se funden en razones ciertas. Por lo que podría señalarse que con esta postura no se estaría previniendo una posible arbitrariedad por parte de la administración, sino que amparado en la presunción de legalidad, el acto debería ser desvirtuado con posterioridad a su expedición, respetando el margen de discrecionalidad que tiene la administración en casos de vinculación mediante la figura del libre nombramiento y remoción.

| <b>¿SE DEBEN MOTIVAR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DISCRECIONALES QUE ORDENAN EL RETIRO DE FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y DE LOS EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN EN COLOMBIA?</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Para la Corte Constitucional, se debe motivar un acto administrativo de carácter discrecional, en mayor o en menor medida, pero dicha motivación debe establecer los fundamentos reales por los cuales se aparta a una persona del cargo, ya sea por medio de provisionalidad en carrera o mediante el libre nombramiento y remoción, esto con el fin de garantizar los efectivos derechos de las personas y los principios constitucionales que pregonan el Estado, so pena de incurrir en una nulidad el acto. Posición más garantista, que limita este tipo de actos. | Para el Consejo de Estado, este tipo de actos administrativos pueden no ser 'motivados' en un sentido estricto, pues su justificación se encuentra intrínseca en las circunstancias por las cuales se profiere el acto, siendo en razones ciertas y señalándose únicamente el motivo, sin mayor explicación, amparado en la presunción de legalidad, pudiendo este acto ser desvirtuado mediante los mecanismos posteriores que tienen las personas frente a los actos administrativos. Desarrollando el sentido de un acto administrativo discrecional. |

## 6. CONCLUSIONES

La facultad discrecional que otorga el Estado a la Administración, es una característica que tienen los sistemas jurídicos que promuevan una separación en

sus *poderes*, pues garantiza la libertad de decisión que puede tener una persona o un ente jurídico, a la cual se le otorgan estas facultades, y lo desarrolla según su criterio. Llegando a tener poder de decisión cuando se vea desmejorado el servicio que se está prestando, o cuando observe que es necesario en un determinado momento, por razones fundadas, pues es el caso que nos ocupa, el de nombrar personas en provisionalidad o mediante el libre nombramiento y remoción, del mismo modo es el hecho de desvincularlos.

En este orden de ideas, queda claro que el ejercicio de la facultad discrecional no es algo malo o caprichoso, sino que tiene un fundamento socio-político, siempre que en su práctica no existan factores distintos al mejoramiento del servicio, la confianza o a faltas graves cometidas por funcionarios nombrados mediante esta facultad discrecional, pues si se le da una facultad tan delicada a la Administración, es para que cumpla con los cometidos del Estado y del buen manejo de los bienes que se le otorgan para que administre. Más en un Estado Social de Derecho como el nuestro, que se encarga de velar por los derechos fundamentales de las personas.

Respecto a las posiciones adoptadas por los dos altos tribunales de cierre, se puede establecer que, para la Corte Constitucional; el hecho de ser la Corporación encargada de velar por los derechos constitucionales de las personas y de la misma Administración, ayuda a comprender que su directriz sea la de motivar todo acto administrativo, bien sea discrecional o reglado, pues esto garantiza el debido proceso de la persona a la cual le incumbe la decisión. Lo anterior en aras de que la decisión adoptada sea eficaz y eficiente, y que realmente pregone el sentido de legalidad que tiene todo acto administrativo. Previniendo una posible vulneración de derechos antes de proferirse el acto.

Por otra parte, para el Consejo de Estado es claro que los actos discrecionales no necesariamente se deben motivar, sino que en estos se debe enunciar sumariamente el motivo de la decisión, en el caso que nos ocupa; la desvinculación del cargo. Siempre que lo allí consignado sea cierto o acorde a la realidad, pero sin mayor fundamentación que la enunciación. Se evidencia que para el Consejo de Estado, se estaría desarrollando con claridad la facultad discrecional otorgada por el Legislador a la Administración, cumpliendo con los cometidos del acto administrativo como tal y su presunción de legalidad. No sin dejar desprotegida a la persona que pueda llegar a verse afectada por un acto discrecional que se predique en contra de los postulados del Estado de Derecho y del acto como tal, como puede ser la desviación del poder o la falsa motivación, para lo cual la persona puede impugnar

dicho acto ante la jurisdicción contenciosa. Discerniendo de la Corte Constitucional en el sentido de “prevenir” con posterioridad a la expedición del acto.

En estos momentos, el lector puede adoptar una posición respecto a la necesidad de motivar o no los actos administrativos discrecionales, teniendo un sentido garantista o legalista, pero siempre con el conocimiento de que la Jurisprudencia de nuestro país se ha encargado de recoger las tesis planteadas a lo largo de los años sobre el tema. Llegando a la convicción de estar desarrollando el sentido que desarrolla nuestro actual modelo jurídico, el cual garantiza los derechos fundamentales de las personas en todo procedimiento, o presumiendo que estos derechos se garantizan por parte de la Administración en todo procedimiento.

Por mi parte, considero que la Administración debe ser garantista, motivando todos los actos discrecionales que expide, bien sea sumariamente, pues esto garantiza una transparencia, no dejando de lado, por supuesto, los mecanismos que se tienen ante la jurisdicción contenciosa, cuando exista un acto contrario a derecho. Pues es de esta manera que se combate la vulneración de principios constitucionales por parte de la Administración, en tratándose de actos administrativos discrecionales que ordenan el retiro de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa y de empleados de libre nombramiento y remoción, cargos que se encuentran a merced de unos intereses distintos a los que se pretende desarrollar por un Estado Social de Derecho.

Lo anterior no quiere decir que se esté pasando por alto la presunción de legalidad que tiene todo acto administrativo, por el contrario, al motivar un acto también se está desarrollando esta característica del acto, pues pregona un sentido transparente y conforme a derecho en su máximo esplendor.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- **Páginas Web:**

1. Alemán Pardo, María José. Acerca de las diferencias entre discrecionalidad y arbitrariedad en la actuación de la administración, URL: [http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver\\_articulo.php?articulo=96](http://www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=96) (Verificado el 17 de Diciembre de 2015 a las 9:00 pm)

2. Página Web “Enciclopedia Jurídica”, URL: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/actos-administrativos-reglados/actos-administrativos-reglados.htm> (Revisada el 17 de Diciembre de 2015 a las 8:30 pm.)

- **Doctrina:**

3. Benítez Rojas, Vicente F. La resistencia a la constitucionalización del derecho administrativo en Colombia: el consejo de estado y el caso de los actos discrecionales que ordenan el retiro. *Díkaion. Revista de Fundamentación Jurídica* 2010, Año 24, Número 19, pp. 99-120, EDITORIAL: D - Universidad de La Sabana, 2010.
4. Berrocal, Luis Enrique. Manual del acto administrativo. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2001, p. 103, ibídem, p. 105.
5. Borges Frías, Jorge Luis, y Arias Gayoso, Grethel. Discrecionalidad y legalidad. Argentina: El Cid Editor | apuntes, 2009. ProQuest ebrary. Web. 18 September 2015. Copyright © 2009. El Cid Editor | apuntes. All rights reserved.
6. Cassagne, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2009. Pág. 196.
7. Dromi, José Roberto. El acto administrativo, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985, p. 69, y Juan Carlos CASSAGNE, ob. cit., pp. 204, 220 y 232.
8. DROMI, José Roberto. Manual de Derecho Administrativo. Tomo I. Astrea, Buenos Aires, 1987. páginas 136 y 137.
9. Dromi, José Roberto, Derecho Administrativo, 4ª edición, 1995, página 98.
10. Fernández Ruiz, Jorge. Programa de Derecho Mexicano de Derecho Administrativo. México: Editorial McGraw Hill. 1997. Pág 127.
11. Marín, Hugo Alberto. Discrecionalidad administrativa. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 485 y 486.
12. Santofimio, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 155.
13. Younes Medina, Diego. Consejos superiores de la administración, neo-corporativismo y participación orgánica, Consejos Superiores de la Administración, Capítulo III, acto administrativo y controles sobre la Administración, Editorial Universidad de Rosario (Colombia), Escrito, Publicado en 2011.

- **Norma Jurídica:**

14. Código Contencioso Administrativo. Decreto 01 de 1984 (Enero 02). (Derogado por el art. 309, Ley 1437 de 2011, a partir del 2 de julio de 2012). Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo.

- **Jurisprudencia:**

15. Sentencia No. T-406/92. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.
16. Sentencia C-069/95. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara, Santa Fe de Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).
17. Sentencia C-443 de 1997. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Santa fe de Bogotá, dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).
18. Sentencia SU-250 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
19. Sentencia C-1436/00. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra, Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre del año dos mil (2000).
20. Consejo de Estado, Sala consulta, Concepto. Oct. 22 de 1975, citado en la Sentencia T-395 de 2003, Corte Constitucional.
21. Consejo de Estado. 08 de mayo de 2003, con radicación 25000-23-25-000-1998-7979-01(3274-02), Subsección B. Consejero Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado.
22. Sentencia T-395 del 2003, Referencia: expediente T-695806, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá, D.C., quince (15) de mayo de dos mil tres (2003).
23. Sentencia T-982/04. Referencia: expediente T-916680. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil, Bogotá D.C., ocho (8) de octubre de dos mil cuatro (2004).
24. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "B". Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, Bogotá, D.C. tres (3) de agosto de dos mil seis (2006), Radicación número: 25000-23-25-000-2000-04814-01(0589-05).
25. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 1º. de noviembre de 2007- Expediente No. 250002325000199902672 01 (4249-2004), Actora: Yolanda Teresa Gómez Fajardo. Consejero Ponente : Dr. Jesús María Lemos Bustamante

26. Sentencia T-302 de 2008. Referencia: expediente T-1.725.159. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, DC., tres (3) de abril de dos mil ocho (2008).
27. Sentencia T-736 de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá, D.C. dieciséis (16) de octubre de dos mil nueve (2009)
28. Sentencia SU-917/10. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil diez (2010).
29. Consejo de Estado. 25 de noviembre de 2010, con radicación 25000-23-25-000-2003-06792-01(0938-10), Subsección “B”. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.
30. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección “B”, Consejero Ponente: DR. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá D. C., veintitrés (23) de febrero de dos mil once (2011). Radicación número: 170012331000200301412 02(0734-10).
31. Consejo de Estado. 21 de noviembre de 2013, con radicación 05001-23-31-000-2002-04567-01(0254-12), Subsección “A”. Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.
32. Sentencia SU-556 de 2014. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.
33. Sentencia T-686/14. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil catorce (2014)
34. Sentencia SU-053/15. Magistrada sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá D. C., febrero doce (12) de dos mil quince (2015).
35. Sentencia SU172/15. Referencia: Expediente T-4.076.348. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá D. C., dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015).