

**Alcance de la facultad discrecional de retiro de servidores públicos de libre nombramiento y remoción en Colombia. Debates jurisprudenciales en sede constitucional y contenciosa administrativa, y a partir de la Ley 1437 de 2011\***

Óscar Fernando Madrid Cuéllar\*\*

**Resumen**

El presente artículo determina el alcance de la facultad discrecional del acto administrativo en el retiro de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción en Colombia, a través del análisis a la jurisprudencia constitucional y administrativa, y de la Ley 1437 de 2011. Aún se discute dentro del ordenamiento jurídico las posturas para determinar si el acto discrecional requiere o no motivación. Se afirma la existencia de dos criterios: un criterio constitucionalista y un criterio legalista. El primero, afirma que en algunos casos el acto administrativo discrecional requiere de motivación, en aras de proteger el principio constitucional del debido proceso, *contrario sensu* el segundo defiende la tesis de que en ningún caso requiere de motivación porque iría en contra de su esencia al ser motivado.

Para llevar a cabo el objetivo propuesto se efectuó una investigación de *lege lata*, haciendo un estudio de la doctrina y jurisprudencia constitucional y administrativa, acerca de la discrecionalidad del acto administrativo en relación con los principios del debido proceso y legalidad. Se concluye que la motivación es un requisito solemne en el acto

---

\* Artículo producto final del proyecto de investigación “Alcance de la facultad discrecional de retiro de servidores públicos de libre nombramiento y remoción en Colombia. Debates jurisprudenciales en sede constitucional y contenciosa administrativa, y a partir de la Ley 1437 de 2011”, realizada por el autor para optar al título de Magíster en Derecho de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín. Inicio: enero de 2012 - Conclusión: Octubre de 2016. Asesoría temática: Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Asesoría metodológica: Dr. César Augusto Molina Saldarriaga. Coordinación de Maestría: Dra. Marcela Omaña Gómez. Coordinación de investigaciones de postgrados: Dra. Lina Marcela Estrada Jaramillo. Jurados: Dra. María Isabel Lopera Vélez y Dr. Daniel Esteban Franco Arango. Corrección y estilo: Dr. Gildardo Lotero Orozco.

\*\* Abogado, especialista en Derecho Administrativo, Mayor @ Policía Nacional Colombia y candidato a magíster en Derecho de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín. Líneas de Interés: laboral administrativo: (pensión de retiro, pensión de sobrevivientes, pensión de incapacidad absoluta, nulidad y restablecimiento del derecho laboral). Reparación directa: (títulos de imputación objetivo-subjetiva). Correo electrónico: [madrid.cuellar@hotmail.com](mailto:madrid.cuellar@hotmail.com).

discrecional para todos los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, por cuanto les permitiría el acceso a la administración de justicia y así poder ejercer no solo el derecho de defensa y contradicción sino salvaguardar otros principios constitucionales como el de estabilidad laboral, razonabilidad, proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica. Por tanto se sugiere un cambio legislativo al respecto.

### **Palabras clave**

Acto administrativo discrecional, Motivación de los actos administrativos, Servidores públicos de libre nombramiento y remoción-SPLNR, Retiro del servicio de SPLNR, Principio de legalidad, Principio del debido proceso, derecho acceso a la administración de justicia, derecho a la estabilidad laboral.

### **Key words**

Discretionary administrative act, Motivation of the administrative acts, Public servers of free appointment and removal, Retired from public servers of free appointment and removal, Principle of legality, Principle of due process, Right to access to the administration of justice, Right to employment stability.

### **Sumario**

Introducción. **1.** Marco de referencia para el análisis la facultad discrecional de retiro de funcionarios de libre nombramiento y remoción en Colombia. **2.** La jurisprudencia de la Corte Constitucional y Consejo de Estado en Colombia. Posiciones encontradas **2.1.** Criterio de la Corte Constitucional sobre la discrecionalidad del acto administrativo. **2.2.** Criterio del Consejo de Estado sobre la discrecionalidad del acto administrativo. **3.** Trascendencia de la discrecionalidad del acto administrativo a partir de la Ley 1437 de 2011. **3.1.** Estudio comparativo de los artículos 3, 36 y 85 del Decreto 01 de 1984 en relación a los artículos 3, 44 y 138 de la Ley 1437 de 2011. Conclusiones y Referencias bibliográficas.

## Introducción

El tema propuesto es la facultad discrecional, esta es la puerta jurídica por la que han salido al retiro centenares de servidores públicos de libre nombramiento y remoción, sin motivación alguna por decisión de la administración<sup>1</sup>, y cómo la Corte Constitucional en algunos casos<sup>2</sup> le fija condiciones, cambiando de manera trascendental la concepción de una potestad discrecional que, como su nombre lo indica, era aquella realizada para retirar del servicio al servidor público a potestad de la administración en aras del buen servicio, sin que mediara explicación alguna en el acto discrecional, noción que fue remplazada por la aplicación de una facultad discrecional motivada, que se traduciría en el fin de su naturaleza jurídica.

Es por ello que se ha suscitado una problemática en el ordenamiento jurídico en torno a la motivación del acto discrecional, en tanto unos juristas se inclinan por la posición del máximo órgano constitucional, en garantizar el artículo 29 de la carta política, en el que se señala el respeto por el debido proceso en las actuaciones administrativas; *contrario sensu* otros juristas continúan defendiendo la postura del Consejo de Estado, amparado en el principio de legalidad, en donde el debido proceso no aplica –o al menos no con todas sus garantías- en los actos discrecionales, siendo una libertad plena del nominador que no

---

<sup>1</sup> En Colombia, entre el 2004 y el 2006 fueron retirados por facultad discrecional **650** miembros de la fuerza pública sin ninguna justificación – (Estadística el TIEMPO Martes 12 de Agosto de 2008). En Antioquia, entre el 2007 al 17 de Agosto de 2012 fueron retirados por facultad discrecional al menos **9.691** empleados públicos de libre nombramiento y remoción de carácter general: (Estadística: figuran 9.691 demandas laborales contra diferentes entidades públicas en Oficina de Apoyo Judicial de los Juzgados administrativos de Medellín).

<sup>2</sup> Sentencia Corte Constitucional T-569 del 29 de Mayo de 2008. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. Referencia expediente T-1810.863. (SPLNR Régimen especial Fuerza Pública).

Sentencia Corte Constitucional T-716 del 17 de Octubre de 2013. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva. Referencia expediente T-3.634.832. (SPLNR de dirección, manejo y confianza. “Debilidad manifiesta”).

Sentencia Sala Plena de la Corte Constitucional SU.053 del 12 de Febrero de 2015. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado. Referencia expedientes acumulados: T-3358972; T-3364912; T-3364925; T-3430788; T-3430821; T-3431941; T-3439695; T-3439717; T-3439745 y T-3439758). (SPLNR que ocupan cargos en provisionalidad y Régimen especial Fuerza Pública).

requiere explicación alguna en los móviles en que se inspira para despedir al funcionario de libre nombramiento y remoción<sup>3</sup>.

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 se consolidó aun con mayor peso el principio jurídico del debido proceso en las actuaciones administrativas, pese a que venía siendo desarrollado desde la Constitución Política de Colombia de 1991, principio importante y trascendental en comparación con el sistema anterior, pues esta normativa introduce en el artículo 3 no solo el debido proceso sino otros importantes principios jurídicos *verbi gratia* los de igualdad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia y coordinación, y además el deber de su aplicación como principios de interpretación, y no solo como principios orientadores según lo establecía el anterior sistema. (*Decreto 01 de 1984*).

En síntesis, la pregunta que orienta las reflexiones del presente artículo es: ¿Cuál es el alcance de la discrecionalidad del acto administrativo en el retiro de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción en Colombia, a través del análisis de la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa, y de la Ley 1437 de 2011? En ese sentido, el objetivo general del presente trabajo de investigación es precisamente determinar el alcance de la discrecionalidad del acto administrativo en el retiro de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción en Colombia, a través del análisis de la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa, y de la Ley 1437 de 2011.

Para lograr lo anterior, se analiza la problemática que ha surgido alrededor de la motivación del acto discrecional, a través de dos lecturas que en ciertos casos resultan diametralmente opuestas, que han sido sostenidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, y cuál de las dos posturas se introdujo en la Ley 1437 de 2011, en aras de proteger y garantizar los principios jurídicos del debido proceso y/o de legalidad.

---

<sup>3</sup> Sentencia Consejo de Estado. Sala Plena de lo contencioso Administrativo del 15 de Junio de 2004. Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez. Referencia expediente S-567.

Para llevar a cabo el objetivo propuesto se efectúa una investigación de *lege lata*, en especial la revisión de estudios teóricos y dogmáticos jurídicos existentes sobre la materia, *verbi gratia*: doctrina administrativa, bases de datos, normatividad y un análisis a la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, lo cual, unido a la praxis del autor en su ejercicio como abogado litigante, da como resultado esta investigación dirigida a la comunidad académica, a los servidores públicos, a los operadores jurídicos y a los abogados usuarios del servicio de justicia, en torno a la motivación del acto administrativo discrecional y a la protección de los derechos fundamentales.

El artículo, en primer lugar realiza una síntesis del estado de arte y marco teórico, resaltando el contenido en la doctrina de las categorías que son funcionales para la investigación; en segundo término analiza el criterio de la Corte Constitucional y el del Consejo de Estado sobre la discrecionalidad del acto administrativo; tercero determina a partir de la Ley 1437 de 2011 qué criterio sigue vigente, si continúa el del Consejo de Estado o cambia su naturaleza jurídica con la tesis del máximo órgano constitucional, y para ello se hace un estudio comparativo a los artículos 3, 44 y 138 de la presente ley en relación a los artículos 3, 36 y 85 del Decreto 01 de 1984, y se ahonda en un caso en el cual la Procuraduría declara insubsistente a un funcionario de libre nombramiento y remoción; por último, se presentan algunas reflexiones.

### **1. Marco de referencia para el análisis de la facultad discrecional de retiro de funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción en Colombia.**

A partir de la expedición de la Ley 1437 del 18 de Enero de 2011, y su entrada en vigencia el 2 de Julio de 2012, y comparándola con el antiguo Código Contencioso Administrativo Decreto 01 de 1984, se introdujo en su artículo 3 el principio del debido proceso, pese a que venía siendo regulado en el artículo 29 de la Carta Política de Colombia de 1991, lo cual suscita un especial interés en cuanto a las diversas posturas asumidas por parte de la doctrina frente a la incidencia que puede tener o no este principio jurídico

alrededor del acto administrativo discrecional por el cual se retira a un servidor público de libre nombramiento y remoción, y que se exponen a continuación:

Algunos autores se han ocupado del estudio de las implicaciones de la Ley 1437 de 2011 en la discrecionalidad de los actos administrativos. Así, Ortiz-Nieto, Rodríguez-Ocampo & Perdomo-Perdomo (2011) han reflexionado en cuanto a si la expedición de la Ley 1437 de 2011 supuso una limitación al criterio según el cual las razones del servicio son motivación suficiente en el acto administrativo discrecional, variando la posición reiterada del Consejo de Estado, y condicionando el criterio a la inclusión del principio jurídico del debido proceso en la Ley 1437 de 2011.

En ese sentido realizan un análisis de la concepción del acto administrativo discrecional, especialmente en uno de sus elementos como es precisamente la motivación, y de su relación con el concepto de Estado social de derecho, para concluir que no resulta afortunada la reciente reforma al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al no considerar un respeto por el principio del debido proceso en el acto discrecional, el cual es blindado por la norma superior como expresión soberana de un Estado social de derecho como el que tenemos en procura de respetar los derechos fundamentales al ciudadano.

Un Estado como el nuestro, fundado en una estructura social de derecho, donde las garantías a los derechos fundamentales le dan naturaleza, no puede vulnerar el debido proceso so pretexto de razones de buen servicio que no se evidencian, pues además de constituir una burla al Estado social, también lo es del estado de derecho basado en el principio de legalidad. De allí que la reflexión para resolver la inquietud sea la de expedir un ordenamiento jurídico por el órgano legislativo del Estado que permita el respeto absoluto de los derechos de los funcionarios de libre nombramiento y remoción al momento de ser retirados del servicio público.

Aún más preocupante se torna que el Presidente de la República sancionó la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y que contó con la participación del Consejo de Estado, el Ministerio del Interior y de Justicia, magistrados y jueces administrativos de Colombia, y como invitado especial el Consejo de Estado de Francia, a pesar de que “dicha norma omitió tomar medidas frente a la denominada facultad discrecional, es decir que si una de sus intenciones era adecuar un Código de 1984 a la Constitución de 1991, se quedó corto” (Kerlly Zulay Ortiz Nieto, 2011).

Otros autores se han ocupado del tema en el derecho comparado. Así, Bastidas-Villarreal (2012) realiza un estudio sobre la motivación del acto administrativo frente a la legislación del Ecuador. Allí se ocupa de analizar dicha figura jurídica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, considerando indispensable el requisito de la motivación como garantía de defensa, justicia y publicidad en la conducta de los jueces y el control del pueblo sobre el desempeño de sus funciones. Por ello, de manera acertada indica que “se le ha reconocido incluso jerarquía constitucional y la actual Constitución del 2008, adicionalmente, prevé la nulidad, como consecuencia de su omisión, lo cual concuerda con el nuevo paradigma de Estado constitucional de derechos y justicia social que establece nuestra nueva Carta Magna” (Villarreal, 2012).

Tal vez uno de los temas que no cambió la postura, fue el artículo 36 del Decreto 01 de 1984 y que con el tránsito legislativo pasó a ser el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, el cual viene siendo el caballito de batalla y ha sido objeto de estudio por Benítez-Rojas (2010), para quien gracias a la impregnación de los principios constitucionales en el derecho administrativo y en especial en los actos administrativos discrecionales, “necesariamente se modifica su entendimiento y conceptualización en la medida en que la interpretación legalista y clásica de esos actos, tiene como fundamento un Código pre-constitucional. En consecuencia, en la práctica lo que debe ocurrir es que en la expedición y ejecución de esos actos debe respetarse ante todo, el debido proceso y las garantías que lo componen” (Rojas, 2010).

Por su parte, Cárdenas-Sánchez -y Giraldo-Ortega (2012) realizan un análisis del artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, el cual consagra la regla general de la discrecionalidad y señala dos supuestos, el primero: que debe ser adecuado a los fines de la norma que lo autoriza, esto es, debe haber una relación entre la decisión de contenido jurídico discrecional con el fin perseguido, y el segundo: que debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa, que no es más que la concordancia que debe existir entre la realidad del hecho con los fundamentos de derecho, que suponen la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.

Consideran que la falta de motivación del acto administrativo que declara inexistente a un servidor público genera una trasgresión a los principios constitucionales de la función pública, en la medida en que el nominador no establece las razones del servicio por las cuales se realiza el retiro del empleado. Reflexionan en torno a la posición de la Corte Constitucional, en cuanto ha señalado que la no motivación del acto administrativo de inexistencia constituye una omisión que afecta principios y derechos constitucionales, “toda vez, que la motivación del acto administrativo es garantía constitucional del administrado para ejercer su derecho de defensa, ante la decisión adoptada por la administración; en este sentido la administración está obligada a motivar los actos administrativos de inexistencia” (Sandra Liliana Cárdenas Sánchez, 2012).

Rincón-Salcedo y Morales-Vargas (2009) concentran sus reflexiones en la facultad discrecional, teniendo en cuenta la planeación y eficiencia en la gestión del recurso humano específicamente militar, considerando la obligación del Estado de motivar el retiro de los miembros de las fuerzas militares de conformidad al ejercicio discrecional que le otorga la ley—por razones del servicio—, dado que los límites impuestos por el juez al ejercicio de esta potestad al interior de dichos miembros contribuyen a administrar mejor, pues afirma que “generan la obligación para el Estado de enmarcar sus decisiones dentro de políticas estructuradas de planeación de Recursos Humanos al interior de la institución militar, que redundan en un mejoramiento de la eficiencia en el actuar de la administración y en un mayor respeto y garantía de los derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Militares” (Javier G. Rincón Salcedo, 2009).



Por su parte Fandiño-Prieto (2009) realiza un análisis de la facultad discrecional desde el punto de vista de la clasificación de los actos administrativos, los tipos y los principios que la inspiran y la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad, considerando que el acto reglado requiere de motivación, mientras el acto discrecional tiene el polo opuesto: no admite motivación porque iría en contra de su esencia y su naturaleza. “El acto reglado es el acto que constituye la mera ejecución de la ley, el cumplimiento de una obligación que la ley impone a la administración cuando se han realizado determinadas condiciones de hecho. Por el contrario, el acto discrecional tiene lugar cuando la ley deja a la administración un poder libre de apreciación para decidir” (Prieto, 2009).

Es interesante el estudio que realiza Puentes-Rojas, Álzate-Duque y Pabón-Ortega (2012), con el objetivo de “establecer un análisis crítico sobre las posibles causas que se pueden evidenciar en el proceso de retiro adelantados entre el 2002 hasta el primer semestre de 2010 en la Policía Nacional y qué estrategias se deben plantear para el fortalecimiento y control de la situación encontrada que disminuyan los reintegros” (John André Puentes Rojas, 2012). Para abordar este trabajo los autores realizan una reflexión en torno a los reintegros a efectuar cuando al servidor público se le aplica la medida discrecional, donde se ven reflejados los desaciertos administrativos y por ende el mayor perjudicado resulta ser la misma institución policial.

Recomiendan para corregir los procesos de retiro y reducir los costos de indemnización, tomar medidas como trabajar con soportes tecnológicos en cuanto a hardware y software administrativo, por cuanto a la Policía Nacional le falta implementar tecnología avanzada, con el fin de mejorar sus procesos de selección de personal, seguimiento, evaluación de desempeño, control de retiros, documentación y reintegro. “Es importante desarrollar un Software que permita el registro en el formulario de seguimiento en tiempo real, igualmente los antecedentes que tienen afectación generando automáticamente la evaluación de desempeño de acuerdo al Decreto Ley 1800 de 2000” (John André Puentes Rojas, 2012).

Por su parte, Chinchilla- Marín (2006) realiza un análisis del acto discrecional desde una de las causales de nulidad como lo es la desviación de poder, donde considera la autora que no es fácil identificar dicha causal en un acto discrecional inmotivado, pero si habrá una mayor claridad para el juez hacerlo en un acto discrecional motivado. En el acto demandado se pueden esconder una serie de intereses de tipo subjetivo y arbitrario que afectan la voluntad administrativa y por lo tanto constituyen una desviación de poder. “Así mismo nos muestra que de ello se ha hecho cargo también el Consejo de Europa al aconsejar a los miembros que los actos emanados de facultades discrecionales deben ser controlados jurisdiccionalmente, y especialmente, el deber de motivar los actos administrativos, medida que en gran magnitud aminora toda desviación de poder” (Marín, 2006).

Valdés-López (2009) concentra su reflexión de la facultad discrecional en torno al retiro de los servidores públicos que ocupan un cargo de libre nombramiento y remoción, y los que ocupan un cargo de carrera administrativa en provisionalidad, lo que ha llevado a un choque de trenes, que no es más que la divergencia jurisprudencial entre las altas cortes del país en cuanto a la motivación del retiro.

Considera que para los cargos de libre nombramiento y remoción, el retiro no se debe motivar, basta simplemente con que se trate de razones del servicio, mientras que, por el contrario, en los cargos de carrera administrativa ocupados por provisionales sí se exige la motivación en el acto discrecional de retiro. “No es lógico ni justo que al afectado por un acto administrativo de desvinculación salvo en los casos de libre nombramiento y remoción no se le indique el motivo del retiro para que se defienda del señalamiento que se le hace” (López, 2009).

Por su parte, Brewer-Carías (1998) realiza un análisis de la inclusión de los principios jurídicos en Colombia y en otros países de América Latina en el procedimiento administrativo. Concentra sus reflexiones en torno a la incidencia del principio jurídico del debido proceso en la garantía del derecho de defensa y contradicción en los actos discrecionales.

Considera que en todos los países de América Latina, la motivación de los actos administrativos, “ha sido, en primer lugar, el establecimiento de un régimen de acción de la administración, para la producción de sus actos administrativos y, en segundo lugar, la previsión de un régimen de garantía de los particulares frente a la administración” (Brewer-Carias, 1998).

Asimismo, reflexiona el autor, a través del derecho comparado, sobre los principios que deben guiar el procedimiento administrativo, verbigracia la ley argentina en la cual rigen los principios de celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites, en el caso de Venezuela aparte de los anteriores se añade el principio de imparcialidad; en México se suma el principio de la buena fe; en Uruguay se adiciona el principio del debido procedimiento y motivación de la decisión; y en Colombia, además de todos estos principios, se agrega el principio del debido proceso, publicidad y contradicción. “Estos principios, deben servir como criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento” (Brewer-Carias, 1998).

Por su parte Torres-Fernández (2009) realiza un análisis de la aplicación de la medida discrecional considerando que ella debe ser impuesta bajo los límites de la ley, basta con aducir razones del servicio en la motivación del acto discrecional de retiro del servidor público. “Dicha elección se hará en base a la valorización y apreciación que hace de los hechos ante los que se encuentra. Apoyándose y respetando por tanto las reglas de la moral y del interés público” (Fernández, 2009).

López-Paneque (2006) realiza un estudio alrededor de la distinción de la potestad reglada y la potestad discrecional de la administración pública, en donde la primera por regla general exige expresar los motivos en el cuerpo del acto administrativo, como por ejemplo: por violación al régimen disciplinario y su consecuencial destitución. “De esta manera se realiza un proceso aplicativo de la ley que no permite ningún juicio subjetivo, siendo la decisión obligatoria, y cuyo contenido no puede ser configurado libremente por la

administración, debiendo limitarse a lo que la propia ley ha estipulado sobre determinado aspecto de forma precisa y completa” (Paneque, 2006).

Por el contrario reflexiona el autor que en la potestad discrecional no se expresan los motivos en el cuerpo del acto administrativo, sino que tiende a satisfacer los intereses públicos; el acto arbitrario, aun aparentando a veces legitimidad, se aparta de la finalidad a que el acto emitido debe responder. Su conclusión finaliza en que los actos reglados están sometidos a un procedimiento, mientras que los actos discrecionales están exentos de procedimiento. “La discrecionalidad surge cuando el ordenamiento jurídico otorga a algún órgano competente para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público. Por lo que se afirma que no hay discrecionalidad al margen de la ley, sino justamente solo en virtud de la Ley” (Paneque, 2006).

Por su parte Pierry-Arau (1984) realiza un análisis de la discrecionalidad de los actos, desde el punto de vista de la desviación de poder. Allí afirma que mientras la administración ejerza razonablemente su poder discrecional dentro del límite que le fija el derecho, sus decisiones serán lícitas y no podrán ser anuladas por el juez; pero si la potestad es distinta al interés general, entonces ese acto sería susceptible de control jurisdiccional por parte del Juez, donde le corresponderá decretar la ilegalidad del acto por estar viciado de desviación de poder<sup>4</sup>.

Por otro lado, Guevara-Carrillo (2006) se ocupa de efectuar un análisis de la concepción del acto reglado y el acto discrecional, para concluir con una reflexión según la cual el primero carece del elemento subjetivo por tanto la autoridad debe tomar una decisión

---

<sup>4</sup> “El acto puede adolecer de desviación de poder, en primer término, cuando su fin ha sido distinto del interés general que debe presidir absolutamente todas las actuaciones de la administración. Estos intereses distintos del interés general pueden ser, por ejemplo, de orden político, personal, patrimonial, religioso, etc.”. (Arrau, 1984).

completamente motivada<sup>5</sup>, y en el segundo considera que está bañado de subjetividad, es absoluta y la ley le otorga total reserva, es por ello que no debe ser motivado<sup>6</sup>.

En el plano internacional, es interesante el estudio que realiza Jáquez de Jesús–Alfonso (2012), con el objetivo de “Valorar la presunción de legalidad de los actos de la administración y la discrecionalidad en la jurisprudencia dominicana: estudio de casos (2008-2011)” (Jesús, 2012). Para abordar este trabajo el autor hace una reflexión en torno a la discrecionalidad del acto administrativo desde el punto de vista de la legalidad, donde considera la importancia de que el acto discrecional deba estar motivado en aras del mejoramiento del servicio público, esto es que sea tendiente a satisfacer el interés general, “la realidad constitucional dominicana de 2010 exige que el acto, su aplicación y su interpretación deben ajustarse necesariamente al bien común o interés general” (Jesús, 2012).

Montalvo-Abiol (2011) analiza la potestad discrecional dentro del marco constitucional, advirtiendo que el acto administrativo discrecional tiende a convertirse en reglado, por cuanto su única y exclusiva motivación en el retiro de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción son las razones del servicio y eso sería más que suficiente en pro del interés público. Concluye en su reflexión, que lo primordial en la motivación de estos actos es la finalidad de la Ley. “La discrecionalidad es temporal o ilusoria, al estar orientada siempre a un fin claramente determinado y representado en última instancia por la satisfacción del interés general” (Abiol, 2011).

La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ha sido uno de los principios estudiados con el fin de evitar la arbitrariedad en los actos discrecionales (Mesquida-Sampol, 2003 & Vivern-Mayrata, 1992). Mesquida-Sampol (2003) afirma que si la discrecionalidad se aplica bajo el principio de la razonabilidad y la proporcionalidad en aras del interés

---

<sup>5</sup> “No se deja ningún aspecto suelto, ni concede libertad alguna para apartarse de la forma como se den tales aspectos en la realidad” (Carrillo, 2006).

<sup>6</sup> “pues el acto discrecional, surge de ese abanico de posibilidades que en mérito al interés general o el bienestar colectivo, permite la ley” (Carrillo, 2006).

general, la medida estaría bien aplicada y no implicaría arbitrariedad, pero si es distinta a estos dos principios la medida sería arbitraria, “se intenta acotar el concepto de arbitrariedad al referirlo a la ausencia de racionalidad de la decisión, evitando su equiparación con la mera contradicción con el derecho válido o apelando a conceptos que conllevan una cierta carga retórica o ideológica como la alusión al despotismo o la tiranía” (Sampol, 2003).

Vivern-Mayrata (1992) afirma que el acto discrecional debe ser motivado en razones del servicio, siempre y cuando se realice bajo el principio de la objetividad de la actuación administrativa con el fin de evitar la arbitrariedad por parte de la administración. Considera que hay una norma en el ordenamiento jurídico que establece que los actos administrativos no se deben motivar, y esos serían los actos discrecionales, por tal razón se debe respetar el principio de legalidad, “el poder discrecional debe, pues, construirse sobre los principios constitucionales, sobre la protección dinámica de los derechos fundamentales, y sobre el interés social y público que debe presidir toda actuación de los poderes públicos, siempre condicionada por el derecho, sin olvidar la dignidad de la persona y los derechos que le son afines” (Mayrata, 1992).

Expósito-Vélez (2011) por su parte, se ha ocupado de analizar el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, en referencia al medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho por encontrar causales de nulidad en el contenido del acto discrecional.

La pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho se regula bajo los mismos postulados del artículo 85 del Decreto 01 de 1984, esto es, entre otros, por falta de motivación, falsa motivación y desviación de poder del acto administrativo discrecional. Es por ello, que los poderes discrecionales no se ejercen caprichosamente, ni para satisfacer fines personales, clientelistas o de animadversión, sino por razones atinentes al servicio, por lo tanto, si media un fin extraño, el acto es ilícito y se demandaría por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por encontrarse vicios en su contenido, “ es decir, la búsqueda de una condena a la entidad que profirió el acto administrativo anulado para responder por los efectos dañinos de la ilegalidad” (Vélez, 2011).

El debido proceso ha sido uno de los principios jurídicos introducido por la Ley 1437 de 2011 con el fin de darle una mayor importancia dentro del derecho administrativo y el cual no hacía parte del Decreto 01 de 1984 (Carvajal-Bernardo, 2010, Sánchez-Gutiérrez, & Gozaíni-Osvaldo, 2002). Carvajal-Bernardo (2010) advierte que no se le puede restar la naturaleza y el alcance al debido proceso administrativo, pues ello obedece a su carácter fundamental como principio que garantiza el derecho de defensa, el acceso a la administración de justicia y a la estabilidad laboral, y así evitar la arbitrariedad por parte del nominador. Afirma que no se pueden ignorar las garantías mínimas que proporciona este principio fundamental, por tal razón es importante la tendencia a la proscripción de motivaciones inconsultas por parte de la administración.

Considera que esa es la contienda jurídica que hay actualmente en el retiro de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción por parte del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, para el primero no requiere explicar las razones del servicio, mientras que para el segundo, a la luz del debido proceso hay que justificar esas razones, resultando valiosa para el autor la tesis de la supremacía constitucional, en virtud de lo cual se genera un inexcusable deber de motivación. Adicionalmente, “aquí resulta indispensable tener presente que el debido proceso administrativo es también una exigencia internacional en el marco de las obligaciones asumidas por el Estado colombiano ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” (Carvajal, 2010).

Sánchez-Gutiérrez, buscando garantizar la seguridad jurídica, la cual viene siendo criticada en los actos discrecionales, logra identificar que los principios que rigen dichos actos son los de interés público, de legalidad, de orden público y de utilidad pública, excluyendo el principio del debido proceso. Considera que el acto discrecional es una libertad plena del nominador que no requiere de los móviles en que se inspira, sino que su única motivación tiene un carácter subjetivo discrecional, basado en el interés de la colectividad, “con fundamento en esta evidente realidad, el legislador ha reconocido un espacio

discrecional al actuar de la administración que la doctrina ha bautizado con el nombre de actos discrecionales” (Gutiérrez J. H.).

Gozaíni-Osvaldo (2002) analiza el principio jurídico del debido proceso desde el punto de vista de los tratados y convenciones supranacionales, considerando que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos este principio debe ser una garantía esencial para tener acceso a la administración de justicia, para ejercer el derecho de defensa y contradicción, y para que se garantice un proceso con toda la imparcialidad, publicidad y justicia, “El Gobierno no puede limitar o privar arbitrariamente a los individuos de ciertos derechos fundamentales contenidos en la constitución. De esta forma se crea un poder de control sobre la discrecionalidad administrativa” (Gozaíni, 2002).

La potestad discrecional viene siendo aplicada con el artículo 36 del Decreto 01 de 1984 y con la entrada en vigencia del artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, la medida queda taxativamente igual, situación que viene siendo objeto de estudio por diversos investigadores, (Huerta-Gutiérrez, 2008, Penagos-Gustavo, 1987, Ramos-Acevedo, 2003 & Sánchez Torres 1995). Huerta-Gutiérrez (2008) concentra su reflexión alrededor del artículo 36. Señala, en ese sentido, que “en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que lo autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa” (Congreso de la República, 2011). Afirma que al ejercer la potestad que le fue otorgada, realizando fines distintos a los prefijados por la norma legal, generaría vicios de nulidad en el acto de retiro.

Penagos-Gustavo (1987) realiza su análisis desde la falsa motivación y desviación de poder, considera que si el funcionario abusa de la facultad discrecional, actuando en favor de sí mismo, para un tercero, en favor de la administración y con fines diferentes al interés público, el acto sería susceptible de control por parte de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por estar viciado de nulidad, “La doctrina y la jurisprudencia, además de la existencia legal, estiman que la motivación se impone en ciertos casos por el principio de la legalidad de la administración, puesto que de esta manera podrá el juez al ejercer su control,



constatar si el acto se ajusta a la ley o si corresponde a los fines señalados en la misma” (Penagos, 1987).

Ramos-Acevedo (2003) reflexiona entorno a la discrecionalidad y la arbitrariedad, en donde concluye que la discrecionalidad tiene claro fundamento constitucional, pues la carta política la admite, sin embargo excluye la arbitrariedad, en el ejercicio de la función pública, “el acto administrativo está igualmente sometido, a través de ley que ejecuta, al principio supremo de la razonabilidad. El acto administrativo debe ser razonable, no puede ser arbitrario” (Acevedo, 2003).

Finalmente, en relación con la naturaleza de la discrecionalidad del acto administrativo, Sánchez-Torres (1995) realiza un análisis comparativo entre el acto reglado y el acto discrecional como dos categorías absolutamente distintas, pues el primero no carece de procedimiento, mientras la medida discrecional sí carece de procedimiento, “Cuando la administración obra absolutamente discrecional no se requiere la manifestación de los motivos que determinan su decisión, mientras que los actos reglados los motivos son de rigor” (Torres, 1995).

## **2. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y Consejo de Estado en Colombia. Posiciones encontradas.**

### ***2.1. Criterio de la Corte Constitucional sobre la discrecionalidad del acto administrativo.***

Para la Corte Constitucional colombiana, el debate sobre la necesidad de motivación de los actos administrativos discrecionales en algunos funcionarios de libre nombramiento y remoción gira en torno a la garantía del debido proceso.

Para el máximo órgano constitucional no existe una norma que diga qué actos tienen que motivarse, pero si existe una norma que dice qué actos no tienen que motivarse<sup>7</sup>, y esos actos son los discrecionales; sin embargo, por respeto al debido proceso, al acceso real y efectivo a la administración de justicia y a la estabilidad laboral encontramos algunas excepciones, en donde debe motivarse en algunos funcionarios de libre nombramiento y remoción todo acto que afecte derechos fundamentales; por tal razón, para la alta corporación se incluyen los actos discrecionales<sup>8</sup>.

Un primer fundamento de este deber de motivación de los actos de retiro de ciertos funcionarios de libre nombramiento y remoción, puede encontrarse en el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, el cual en principio no establece la obligación de motivar el acto discrecional de retiro, pero si determina la obligación de que, en todo caso, en la hoja de vida del empleado, el nominador deje constancia del hecho y de los móviles particulares que ocasionaron el retiro. Así lo señala la norma:

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

---

<sup>7</sup> Art. 41, párrafo 2, inciso segundo de la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004, por el cual se expiden las normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. Diario oficial 45.680.

<sup>8</sup> Sentencia Corte Constitucional T-569 del 29 de Mayo de 2008. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. Referencia expediente T-1810.863. (SPLNR Fuerza Pública-Régimen especial).

Sentencia Corte Constitucional T-716 del 17 de Octubre de 2013. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva. Referencia expediente T-3.634.832. (SPLNYR de dirección manejo y confianza. “Debilidad manifiesta”).

Sentencia Sala Plena de la Corte Constitucional SU.053 del 12 de Febrero de 2015. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado. Referencia expedientes acumulados: T-3358972; T-3364912; T-3364925; T-3430788; T-3430821; T-3431941; T-3439695; T-3439717; T-3439745 y T-3439758). (SPLNR que ocupan cargos en provisionalidad y Fuerza Pública-Régimen especial).

En esa medida, frente a esta norma también se ha suscitado una incongruencia de posiciones entre la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa, puesto que mientras para la primera este requisito constituye un límite a la facultad discrecional de remoción, evitando que esta se ejerza en forma arbitraria, tal como lo reconoció la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de este precepto en la sentencia C-734 de 2000; para el segundo, es un simple requisito formal que no tiene la virtualidad de desvirtuar la presunción de legalidad del acto de retiro. Así lo argumentó el máximo órgano constitucional, aclarando que en todo caso se trata de una discrecionalidad relativa:

No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda. No hay en este caso, excepción al principio de publicidad de los actos administrativos, pues el interesado puede conocer la motivación que originó su retiro. En virtud de lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de la proposición jurídica completa conformada por el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968<sup>9</sup>. (Mesa, 2000).

Como se observa, el máximo órgano constitucional aclaró que incluso en estos eventos opera una discrecionalidad limitada, pues si bien un funcionario de libre nombramiento y remoción puede ser removido a través de un acto inmotivado, para garantizar el respeto del debido proceso en el acto administrativo de retiro, el artículo 26 exige que la autoridad haga constar en la hoja de vida del servidor público los hechos y las razones que causan su desvinculación. Con este requerimiento, se evita la arbitrariedad en esas decisiones

---

<sup>9</sup> Sentencia Corte Constitucional C-734 del 21 de junio de 2000. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. Referencia expediente D-2732.

(motivación posterior), y la hace objeto de control ante la jurisdicción contencioso administrativa, anulable por las causales previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

A pesar de lo anterior, tal y como lo señaló la misma Corte en la Sentencia T-132 de 2007<sup>10</sup> esta corporación ha sostenido que en los cargos de libre nombramiento y remoción la confianza representa uno de los aspectos centrales, lo cual explica que el legislador haya contemplado como regla general una excepción al deber de motivación de los actos discrecionales es decir que no se exige la motivación en el acto administrativo discrecional del servidor público. Así lo indica el máximo órgano constitucional:

La legislación prevé que en ciertos casos no se requiere la motivación. Esto sucede, por ejemplo, cuando quien se desvincula del servicio es un empleado de libre nombramiento y remoción. Ha manifestado la Corte Constitucional que al tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador. Este tipo de empleos suponen la existencia de estrechos lazos de confianza de modo que el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación<sup>11</sup>. (Mesa, 2000 & Espinosa, 2001).

En esos términos, la normatividad relativa a la función pública ha establecido que los empleados que desempeñan funciones de dirección, confianza o manejo de políticas (Art. 5, literal a), b), c) y d), Ley 909 de 2004), corresponden a cargos de libre nombramiento y

---

<sup>10</sup> Sentencia Corte Constitucional T-132 del 22 de febrero de 2007. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto. Referencia expediente T-1412144.

<sup>11</sup> Sentencia Corte Constitucional C-599 del 24 de mayo de 2000. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. Referencia expediente D-2656.

Sentencia Corte Constitucional C-1146 del 31 de octubre de 2001. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Referencia expediente D-3508.

remoción, por lo que, para su desvinculación no se requiere motivación por parte de la administración (regla general). De manera que, la estabilidad laboral de estos empleados es precaria o restringida, debido a que la ley faculta a sus nominadores para removerlos con mayor libertad en razón a las especiales actividades que desarrollan, las que los pone en estrecha relación con su nominador. Así lo señala la Corte Constitucional:

Dada la naturaleza de las funciones que corresponde a los empleados públicos del nivel directivo, son de libre nombramiento y remoción. El alto grado de confianza que el desempeño de tales cargos exige, ha sido criterio de orden legal para el efecto. Además, ha de tenerse en cuenta que a ellos les corresponde el ejercicio de funciones de dirección general, lo que implica participar en el diseño y la formulación de las políticas institucionales de la entidad pública donde prestan sus servicios, así como las altas decisiones en relación con los planes, programas y proyectos en el ámbito de su competencia<sup>12</sup>. (Sierra, 2003).

Bajo estas circunstancias, la administración goza de un margen amplio de discrecionalidad que no puede, desde luego, derivar en una actuación arbitraria, pero tampoco exige que el acto de desvinculación deba ser motivado. Por tanto la falta de motivación del acto que desvincula a una persona que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción no es contrario a la Constitución, (art.125). Así pues, por la naturaleza de estos cargos, los actos que desvinculan a quienes desempeñan dicho empleo no requiere motivación, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno.

Los anteriores constituyen, en últimas, los actos administrativos que en relación con la nominación y retiro de servidores públicos de libre nombramiento y remoción no requieren motivación expresa, lo que sin embargo, insiste el tribunal supremo constitucional, tampoco

---

<sup>12</sup> Sentencia Corte Constitucional C-838 del 23 de septiembre de 2003. Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra. Referencia expediente D-4538.

puede ser interpretado en una discrecionalidad absoluta, sino que sigue siendo relativa, porque de lo contrario se podría incurrir en un acto arbitrario que vulneraría el Estado social de derecho, y puede ser objeto de censura ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora bien, en todo caso la Corte Constitucional ha establecido como excepción a la regla general del retiro inmotivado los servidores públicos de libre nombramiento y remoción que, por ejemplo, hacen parte de un grupo de especial protección constitucional (debilidad manifiesta Art. 13 C.P.), los cuales deben ser tratados de manera diferente a la luz de la Constitución. Así las cosas, la jurisprudencia ha determinado que se debe cumplir con el requisito de motivación del acto de desvinculación, en aquellos casos en los que se esté en presencia de un funcionario de libre nombramiento y remoción que reúna los requisitos para pertenecer al retén social<sup>13</sup>, como padres y madres cabeza de familia<sup>14</sup>, personas discapacitadas, personas pre-pensionadas<sup>15</sup> o cuando se esté en presencia de una mujer embarazada<sup>16</sup>.

Estos sujetos de especial protección constitucional están investidos de un fuero de estabilidad laboral reforzada, el cual exige a la administración la motivación del acto administrativo que declara la insubsistencia del empleado de libre nombramiento y remoción. Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que “los servidores públicos que tengan la condición de madres o padres cabeza de familia; personas con limitaciones físicas,

---

<sup>13</sup> Sentencia Corte Constitucional T-862 del 27 de noviembre de 2009. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio. Referencia expediente T-2311497.

<sup>14</sup> Sentencia Corte Constitucional T-353 del 11 de mayo de 2010. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva. Referencia expediente T-2492704.

<sup>15</sup> Sentencia Corte Constitucional T-1239 del 11 de diciembre de 2008. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. Referencia expedientes acumulados T-1.968.373 y T-1.923.927.

<sup>16</sup> Sentencia Corte Constitucional T-494 del 4 de mayo de 2000. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. Referencia expediente T-278.316.

mentales o auditivas; o trabajadores próximos a pensionarse, tienen derecho a una estabilidad laboral reforzada en razón del llamado retén social<sup>17</sup>. (Silva, 2010).

Lo anterior no significa de ninguna manera que no se pueda ejercer la facultad para el retiro de dichos servidores en los que el nominador cuenta con mayor discrecionalidad para realizar el despido, sino que, en el caso especial de los sujetos que están investidos de especial protección constitucional, dicha discrecionalidad, debe motivarse por las exclusivas consideraciones que envuelve la situación del servidor.

Este tema en particular de la figura del retén social, se fundamenta en una garantía para quienes, por ejemplo, están próximos a pensionarse en menos de tres años, y son despidos en virtud de la supresión del cargo o por un proceso de reestructuración administrativa, sin tener en cuenta que estaban próximos a pensionarse, con lo cual se verían conculcados los derechos del funcionario de libre nombramiento y remoción. Así lo sostiene el tribunal supremo constitucional:

Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 [retén social], se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte Constitucional ha sentenciado que dicha protección, es de origen supra legal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores<sup>18</sup>. (Silva, 2009).

---

<sup>17</sup> Sentencia Corte Constitucional T-353 del 11 de mayo de 2010. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva. Referencia expediente T-2492704.

<sup>18</sup> Sentencia Corte Constitucional C-795 del 4 de noviembre de 2009. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva. Referencia expediente D-7725.

Otro de los criterios expuestos, es que se trate de un padre (o madre) cabeza de familia y para ello debe probarse que la persona tenga el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre, razón por la cual se constituye en sujeto de especial protección constitucional y su situación laboral debe ser protegida, estableciéndose en una de las excepciones a la facultad del nominador para su desvinculación discrecional. Así lo sostuvo el máximo órgano constitucional:

Para la Corte resulta claro que en el caso del demandante, pese a que en su momento ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, tratándose de un sujeto de especial protección constitucional, no era procedente su despido a través de un acto inmotivado, pues existía la obligación para el empleador de señalar las razones de su desvinculación, en observancia de su especial situación como padre cabeza de familia. Por las anteriores razones se encuentra que el despido del accionante vulnera sus derechos como sujeto de especial protección constitucional, y en consecuencia los de su familia como destinataria de los efectos que irradia el fuero subjetivo, razón por la que el amparo resultaba procedente de forma definitiva y por lo que debía ordenarse el reintegro del accionante<sup>19</sup>. (Silva, 2013).

Es decir, por su condición de sujeto de especial protección constitucional (padre cabeza de familia), a pesar de ser un empleado en un cargo de libre nombramiento y remoción, debía motivarse la decisión que lo desvinculó de su trabajo, debido a que por su condición de padre cabeza de familia, la autoridad debía sustentar las razones para su despido.

---

<sup>19</sup> Sentencia Corte Constitucional T-716 del 17 de Octubre de 2013. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva. Referencia expediente T-3.634.832. (SPLNR de dirección, manejo y confianza “Debilidad manifiesta”).



Otro de los eventos mencionados es cuando se está en presencia de una mujer embarazada o en estado de discapacidad, quienes también son sujetos de especial protección constitucional, por tanto el acto de retiro no debe obedecer a móviles particulares. Solo así el Estado social de derecho puede garantizar el derecho a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada. Tal como lo señala la Corte Constitucional en Sentencia T-494 de 2000, en donde estudió un caso en el que una mujer ocupaba el cargo de Gerente de la Empresa de Servicios Públicos Municipales de la Unión, cargo de libre nombramiento y remoción, del cual fue declarada insubsistente por parte del alcalde, pese a conocer que estaba embarazada y que había estado incapacitada por amenaza de aborto. De manera que, al evidenciar que no se motivó el acto, ordenó el reintegro. En uno de sus apartes señaló:

La jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que la estabilidad reforzada en el empleo se aplica tanto a la mujer que tiene un contrato de trabajo, como a la servidora pública, sin importar si se encuentra sometida al régimen de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción. Por ende, la administración no es absolutamente discrecional para retirar del servicio a una mujer embarazada. No obstante, el nominador puede justificar adecuadamente que el retiro es necesario e indispensable para el cumplimiento eficiente y eficaz del servicio público, lo cual deberá expresarse en el acto administrativo que ordene la desvinculación. El acto administrativo que retira del servicio a una trabajadora embarazada debe ser motivado<sup>20</sup>. (Caballero, 2000).

De igual forma, se admite como otra excepción a la regla general del acto inmotivado de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, el personal integrante de la fuerza pública. Este personal es cobijado por un régimen especial y tiene el carácter de ser de libre nombramiento y remoción, por tanto al ser despedido se le debe realizar un procedimiento previo a la destitución, el cual debe ser efectuado por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional.

---

<sup>20</sup> Sentencia Corte Constitucional T-494 del 4 de mayo de 2000. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. Referencia expediente T-278.316.

Lo primero que debe destacarse es el contenido del artículo 4 de la Ley 857 de 2003, que regula el procedimiento aplicado para el retiro de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional por voluntad del gobierno o del Director General de la Policía Nacional:

Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional para el caso de los Suboficiales, podrán disponer el retiro de los mismos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para los Suboficiales. (Congreso de la República, 2003).

Es así como si bien esta facultad discrecional goza de fundamento constitucional, en todo caso no implica arbitrariedad, según lo previsto por tribunal supremo constitucional en el sentido que “La potestad discrecional de que se ha revestido la fuerza pública para retirar a los miembros que forman parte de sus instituciones, no significa arbitrariedad sino por el contrario, se trata de un instrumento normal y necesario para el correcto funcionamiento de esas instituciones”<sup>21</sup>. (Sierra, 2006).

En ese sentido, pese a que se permite el retiro discrecional de los integrantes de la Fuerza Pública, no significa ello que se pueda proceder a la desvinculación del servicio público sin explicación alguna, puesto que no se podría llegar a la ruptura del núcleo duro o esencial del debido proceso. (Art. 29 C.P.). En tal sentido el máximo órgano constitucional argumentó:

Empero, la Corporación ha sostenido enfáticamente que aun cuando la discrecionalidad para disponer el retiro de los miembros de la Fuerza Pública tiene

---

<sup>21</sup> Sentencia Corte Constitucional C-179 del 8 de marzo de 2006. Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra. Referencia expediente D-5979.

fundamento Constitucional, ello no significa que se pueda proceder a la desvinculación del servicio público de manera inconsulta o arbitraria, puesto que la comentada flexibilidad no autoriza el desconocimiento de principios constitucionales<sup>22</sup>. (Gil, 2008).

Es decir, que el procedimiento previsto en el artículo 4 de la Ley 857 de 2003, no transgrede el debido proceso y el derecho de defensa, siempre y cuando se respeten los principios constitucionales y se garantice que el retiro discrecional obedece a razones objetivas discutidas, demostradas y puestas en conocimiento de los afectados para que las controviertan siguiendo el proceso legal establecido, de lo contrario, la mencionada discrecionalidad, sería un atentado contra el contenido esencial de la estabilidad laboral.

Lo anterior, porque los retiros sólo proceden en los casos y del modo que determine la ley, es decir, mediante circunstancias objetivas aplicadas por intermedio de un debido proceso, respetando los principios de razonabilidad y proporcionalidad y por tanto debe tenerse un mínimo de motivación justificante que debe ser consignado en el acto administrativo que lo dispone y no en una actividad secreta u oculta de las autoridades administrativas.

Bajo las anteriores consideraciones, el máximo órgano constitucional establece que la motivación de los actos ha sido exigida como un correcto ejercicio de la discrecionalidad y por tal razón se constituye como un componente inseparable del debido proceso. Así lo señaló:

La motivación de los actos en los cuales se toman decisiones fundadas en una facultad discrecional autorizada legalmente ha sido exigida como condición de un adecuado ejercicio de la discrecionalidad. La Corporación ha reivindicado la

---

<sup>22</sup> Sentencia Corte Constitucional T-569 del 29 de Mayo de 2008. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. Referencia expediente T-1810.863. (SPLNR Fuerza Pública-Régimen especial).

motivación como componente insoslayable del debido proceso y en cuanto parte de un conjunto de garantías de estirpe constitucional que no están sometidas a la libre disposición del legislador ni, por supuesto, de las autoridades encargadas de darles aplicación en los procedimientos judiciales o administrativos<sup>23</sup>. (Gil, 2008).

Es así, como el Tribunal Supremo Constitucional de manera histórica cambió la esencia de una facultad discrecional para los miembros de la fuerza pública que, como su nombre lo indica, obedece al retiro por razones del servicio, sin que mediara explicación alguna, concepción que fue remplazada a través de sentencias como la *T-569 del 29 de mayo de 2008, expediente T-1.810.863*, bajo la ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, por la aplicación de una facultad discrecional motivada, que se traduciría en el fin de su naturaleza jurídica, y con mayor peso a través de la Sentencia *SU.053 del 12 de febrero de 2015*<sup>24</sup> y a partir de allí la alta corporación le impone límites a la discrecionalidad en el retiro de los servidores de las fuerza pública, la cual también cobija a los miembros del INPEC, del DAS y a los servidores públicos que ocupan cargos en provisionalidad.

Es por ello que no se puede alegar en abstracto *razones del servicio*, pues en cada caso el retiro debe ser objeto de estudio y de esgrimir la motivación en el acto discrecional que pongan al afectado a ejercer el derecho de contradicción y que si la administración oculta la motivación por mínima que sea, así como las pruebas con las que se cuenta para cada caso en concreto, vulnera el debido proceso. Así lo dispuso el máximo órgano constitucional:

No basta, entonces aducir, en abstracto y para un conjunto más o menos amplio de personas, razones del servicio, pues en cada caso el retiro ha de ser objeto del

---

<sup>23</sup> Sentencia Corte Constitucional T-569 del 29 de Mayo de 2008. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. Referencia expediente T-1810.863. (SPLNR Fuerza Pública-Régimen especial).

<sup>24</sup> Sentencia Sala Plena de la Corte Constitucional SU.053 del 12 de Febrero de 2015. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado. Referencia expedientes acumulados: T-3358972; T-3364912; T-3364925; T-3430788; T-3430821; T-3431941; T-3439695; T-3439717; T-3439745 y T-3439758). (SPLNR Fuerza pública-Régimen especial).

análisis y de la justificación que ponga al afectado en condiciones óptimas para controvertir el acto administrativo. La motivación es así, un presupuesto del derecho de defensa, por cuanto solo cuando se sabe a ciencia cierta cuál es la causa del retiro se puede recurrir o plantear con mayor acierto el problema ante los jueces competentes, cuya actuación se enfocará desde el principio en los motivos esgrimidos por la administración y no en desentrañar cuáles fueron esos motivos<sup>25</sup>. (Gil, 2008).

Asimismo, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de los retiros discrecionales de los miembros de la fuerza pública en relación con las funciones de los Comités de Evaluación, al considerar que son discrecionales, pero no arbitrarios porque estos comités cumplen sus deberes de evaluación respetando precisas normas relacionadas con el debido proceso y con la actuación legal de la administración.

También ha expresado al respecto que estos comités tienen a su cargo el examen exhaustivo de los cargos o razones que inducen a la separación del funcionario. En ese orden de ideas, la recomendación que formulen tanto el Comité de Evaluación para las Fuerzas militares, como la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, debe estar precedida y sustentada en un examen objetivo, razonable y proporcional a su hoja de vida, y en todo caso, de decidirse la remoción, se debe levantar un acta que debe ser notificada al afectado. Así lo estableció la Corte Constitucional:

Estos comités tienen a su cargo el examen exhaustivo de los cargos o razones que inducen a la separación -el primero- de oficiales o suboficiales, o de agentes, el segundo. En dichos comités se examina la hoja de vida de la persona cuya separación es propuesta, se verifican los informes de inteligencia o contrainteligencia, así como del "Grupo anticorrupción" que opera en la Policía Nacional; hecho este examen, el respectivo comité procede a recomendar que el implicado sea o no retirado de la

---

<sup>25</sup> Sentencia Corte Constitucional T-569 del 29 de mayo de 2008. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. Referencia expediente T-1.810.863. (SPLNR Fuerza Pública-Régimen especial).

institución. De todo ello se levanta un acta, y en caso de decidirse la remoción se le notifica al implicado. No se trata pues de un procedimiento arbitrario, sino de una decisión fundamentada en la evaluación hecha por un Comité establecido legalmente para el efecto (Arts. 50 y 52 del Decreto 041 de 1994), y motivada en las razones del servicio<sup>26</sup>. (Mesa, 1995).

Posteriormente la jurisprudencia precisa la postura, en donde establece que si la junta respectiva y/o comités de evaluación recomiendan y toma la decisión de desvincular al miembro de la fuerza pública, los motivos de su despido deben quedar consignados en el acta o concepto previo de la junta asesora y en el acto administrativo (Doble motivación). Todo ello amparado bajo los principios de proporcionalidad y razonabilidad, con el fin de evitar la arbitrariedad de la administración y permitirle al administrado no solo el acceso a la administración de justicia sino también garantizarle el derecho de defensa y contradicción. Así lo señaló la Corte Constitucional:

Por último, esta corte en la sentencia T-824 de 2009, precisó que en lo que respecta a la motivación de los actos administrativos que retiran del servicio a los miembros de las instituciones castrenses precisó que deben concurrir los siguientes elementos: “(i) el respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad; (ii) la debida motivación del acto de retiro que, en últimas, se expresa en la suficiencia y fundamento del concepto previo de las juntas asesoras y comités de evaluación que cumplen funciones en este sentido, así como en la exposición de motivos efectuada en el acto administrativo respectivo; y (iii) la correspondencia necesaria entre dicha motivación y el cumplimiento de los fines constitucionales de la Policía Nacional o de las Fuerzas Militares, según el caso<sup>27</sup>. (Palacio, 2013).

---

<sup>26</sup> Sentencia Corte Constitucional C-525 del 16 de noviembre de 1995. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. Referencia expediente D-942.

<sup>27</sup> Sentencia Corte Constitucional T-265 del 08 de mayo de 2013. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio. Referencia expediente T-3347202.

Es por ello, que la facultad discrecional no puede obedecer a una actividad a puerta cerrada de las autoridades administrativas, sino que la justificación del despido, ha de quedar esgrimido en el acto administrativo, lo cual le permitirá al ciudadano censurar la actuación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en caso de abuso de poder. Así lo argumento el tribunal supremo constitucional:

El ejercicio de la facultad discrecional debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad y, por lo tanto, “debe tener un mínimo de motivación justificante, más aún cuando la discrecionalidad radica en cabeza de una autoridad pública” que, si bien es cierto tiene competencia para evaluar el desempeño de sus subordinados, ha de “respetar precisas normas relacionadas con el debido proceso y con la actuación legal de la administración”. El retiro discrecional “debe estar sustentado en razones objetivas, razonables y proporcionales al fin perseguido, que no es otro que garantizar la eficiencia y eficacia de dichas instituciones en aras de la prevalencia del interés general” y, en garantía de los derechos del afectado, el ejercicio de la atribución no puede obedecer “a una actividad secreta u oculta de las autoridades competentes”, sino que ha de quedar “consignada en un acto administrativo controlable por la jurisdicción contencioso administrativa a través de las acciones pertinentes en caso de desviación o abuso de poder<sup>28</sup>. (Palacio, 2013).

Ahora bien, en lo que se refiere a la pérdida del empleo de un servidor público de libre nombramiento y remoción, es posible que ello le ocasione un perjuicio con rasgos de urgencia y gravedad al funcionario, en el que se vería comprometida incluso su subsistencia y la de su núcleo familiar. Por eso retirar del servicio a un funcionario público implica, en la mayoría de casos, poner fin a un proyecto de vida, lo cual es más grave aún cuando tal decisión se toma sin la motivación que requiere, cuyo fundamento debería ser el interés general, pues el

---

<sup>28</sup> Sentencia Corte Constitucional T-265 del 08 de mayo de 2013. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio. Referencia expediente T-3347202.

servidor desvinculado tiene que someterse a un proceso que implica en últimas cambiar todo un patrón de vida.

Estas circunstancias tan particulares permiten acceder a la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección del derecho fundamental al trabajo, al debido proceso y al acceso real y efectivo a la administración de justicia, que garanticen su mínimo vital y, por ende, la posibilidad de solicitar a los jueces que se reintegre transitoriamente al servicio al afectado hasta tanto se garantice su derecho de contradicción y defensa ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a la cual se acudiría una vez que se exterioricen las razones materiales de su despido.

Es de interés señalar que en casos de retiro mediante acto administrativo discrecional, distintas Salas de Revisión de la Corte Constitucional han ordenado a Tribunales Administrativos y aun al Consejo de Estado<sup>29</sup> proceder a emitir nuevamente y/o revocar la sentencia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para dar cabal cumplimiento al derecho del debido proceso de servidores retirados por razones de servicio, porque en contra de lo manifestado en diferentes fallos, dieron por hecho el derecho al debido proceso y por satisfecho el derecho de defensa con la sola invocación de la potestad discrecional entendiendo a su modo que las entidades demandadas no debían señalar en el acto administrativo las razones de interés público justificativas en la remoción.

---

<sup>29</sup> Sentencia Corte Constitucional T-827 del 08 de octubre 2007. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. Referencia expediente T-1639189. (SPLNR- INPEC. Régimen especial).

Sentencia Corte Constitucional T-372. del 16 de Mayo de 2012. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio. Referencia expediente T-3215.-182 (SPLNR de dirección, manejo y confianza. “Debilidad manifiesta”).

Sentencia Sala Plena de la Corte Constitucional SU.917 del 16 de noviembre de 2010. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio. Referencia expedientes acumulados: T-2116104; T-2123871; T-2123824; T-2139736; T-2155221; T-2180526; T-2180541; T-2180822; T-2188198; T-2188408; T-2188413; T-2188416; T-2189945; T-2190768; T-2192129; T-2210469; T-2217575; T-2241166; T-2259171; T-2436474; T-2442394; T-2482380; T-2482383; T-2482404. (SPLNR que ocupan cargos en provisionalidad).



Como se evidencia, existen dos soluciones frente a un mismo problema jurídico. Esa situación va en contra del principio de la seguridad jurídica. En efecto, una persona afectada por un retiro discrecional en los eventos mencionados anteriormente tendrá una respuesta si su caso es conocido por el Consejo de Estado, y otra respuesta muy diferente si su problema es abordado por la Corte Constitucional. No sobra recordar que ambas corporaciones hacen parte de la jurisdicción de un mismo Estado de conformidad al artículo 116 de la Carta Política y están sometidas al mismo ordenamiento jurídico según lo regulado en el artículo 230 del mismo estatuto.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional soluciona el caso estándar expuesto anteriormente en clave constitucional y no en el plano meramente legal, lo cual es relevante desde el punto de vista práctico, puesto que en la mayoría de las sentencias analizadas, se concluye que hay trasgresión del derecho al debido proceso, al acceso real y efectivo a la administración de justicia y a la estabilidad laboral. Lo cual significa que lo que quiere el tribunal supremo constitucional en el trasfondo del asunto y con este nuevo postulado, es evitar en sede administrativa la arbitrariedad de la administración.

## ***2.2. Criterio del Consejo de Estado sobre la discrecionalidad del acto administrativo.***

Por el contrario, la lectura dominante y constante del Consejo de Estado en la materia ha sido diametralmente opuesta a la de la Corte Constitucional mencionada anteriormente. El acto discrecional no requiere en ningún caso motivación.

Como se expuso ampliamente con anterioridad, es usual en la doctrina clásica<sup>30</sup> del derecho administrativo contraponer dos tipos de actos administrativos: los reglados y los discrecionales. En los primeros, existe un procedimiento general, por tanto, se deben expresar

---

<sup>30</sup> Huerta Gutiérrez, Fausto E. El Acto Administrativo-Texto Visión Holística. Real editores, 2008, Edición 1. Pág. 249 a 338.

los motivos en el cuerpo del acto administrativo; *contrario sensu* en los segundos se da el polo opuesto: el acto discrecional que definitivamente no exige motivación escrita, porque iría en contra de su naturaleza jurídica al ser motivado. Es por ello que los actos discrecionales están exentos de procedimiento, mientras que las decisiones regladas están sometidas a él.

Por ello, el Consejo de Estado<sup>31</sup> ha sostenido que la discrecionalidad es una potestad jurídica del Estado que habilita a la autoridad administrativa, frente a determinados hechos, a adoptar una u otra decisión, siempre y cuando su conducta esté inspirada en razones del buen servicio, las cuales se presumen. En ese sentido el funcionario público es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger en cualquier tiempo el contenido de su decisión dentro de las múltiples opciones que se le presentan.

El máximo tribunal administrativo ha considerado que gracias a esa libertad, el debido proceso y sus garantías, en especial la motivación, no son necesarios tratándose de la desvinculación de servidores públicos de libre nombramiento y remoción tanto del régimen general como del especial, en la medida en que la normativa<sup>32</sup> que regula los retiros de manera discrecional en las entidades públicas, no se refiere de forma alguna al requisito de la motivación del acto. Así las cosas, la situación de hecho prototípica en este tipo de casos es la siguiente: un empleado de libre nombramiento y remoción que ha trabajado varios años, es retirado del servicio por la administración sin explicación alguna.

Por tanto, gracias a la facultad discrecional, no es necesario esgrimir la motivación en el acto de retiro al afectado, sino que se dice única y exclusivamente que es *por razones del servicio*. Una vez el afectado demanda el acto, el Consejo de Estado en la mayoría de

---

<sup>31</sup> Sentencia Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección “B”, del 3 de agosto de 2006. Consejero Ponente Alejandro Ordóñez Maldonado. Radicación No: 25000-23-25-000-2000-04814-01(0589-05).

<sup>32</sup> Constitución Política de Colombia 1991 en sus artículos 125, 189 numeral 1, 2 y 13; 209, 251 numeral 2, 253, 278 numeral 6 y artículo 279. Ley 857 de 2003 en sus artículos 2 numeral 4 y artículo 4; Ley 909 de 2004 en su artículo 5 literal a), b), c) y d) y artículo 41 parágrafo 2 inciso 2.

ocasiones, basado en el principio de legalidad, considera que el acto administrativo se presume conforme a la ley y le incumbe al afectado desvirtuar esa presunción, aun cuando el acto no esté motivado. Ante el escollo casi insuperable de desvirtuar la presunción de legalidad de un acto que no tiene motivos explícitos, en la mayoría de ocasiones el Consejo de Estado le da la razón a la administración.

Lo anterior denota que la facultad discrecional no requiere para su ejercicio que en el acto de desvinculación quede plasmado el motivo para tomar la decisión, menos aún en decisiones que llevan intrínseco el motivo de *razones del servicio*, cuyo fin último no es otro que el interés general. Así lo ha explicado el máximo tribunal de lo contencioso administrativo:

Es una facultad discrecional que no requiere explicar los propósitos que animan el acto que lo materializa, figura que guarda analogía con la insubsistencia de Empleos de libre nombramiento y remoción, en donde también se encuentra la expresión de la voluntad del nominador, en aras lógicamente del buen servicio. La noción de buen servicio no se contrae exclusivamente a las calidades laborales del servidor, sino que comprende aspectos de conveniencia y oportunidad, cuyo análisis corresponde al nominador.<sup>33</sup> (Mantilla, 2002).

Es claro que para el Consejo de Estado los motivos no deben expresarse, basta solamente que sea por mejoramiento del servicio y, en virtud del principio de legalidad, le corresponde al actor demostrar la desviación de poder. En ese orden de ideas, se observa que la lectura por parte del derecho administrativo desarrollada por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo se mantiene en gran medida en el plano de la ley y muy pocas veces recurre a la Constitución.

---

<sup>33</sup> Sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo del 07 de febrero de 2002. Consejero Ponente Alberto Arango Mantilla. Referencia expediente 26-27-99.

Sin embargo, cuando utiliza la Constitución como fuente de derecho directamente aplicable, la norma que sirve para argumentar la anterior postura es el artículo 209 que se refiere a la función administrativa, del cual tiene presente tres principios: el principio finalístico o teleológico, que propende por el interés general en aras del mejoramiento del servicio; el principio funcional, el cual conlleva a si el servidor presta y atiende eficientemente el servicio y el principio de moralidad, el cual radica en la ética y en el manejo eficiente de la cosa pública y los recursos del Estado. La interpretación de la Constitución se realiza entonces desde la óptica de las instituciones, pues la inaplicación del derecho al debido proceso se justifica por las funciones que deben desempeñar las instituciones y no desde la perspectiva de los derechos.

Es por ello que para el tribunal supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la facultad discrecional para despedir al funcionario público encuentra fundamento en el artículo 209 del estatuto superior, y su ejercicio se encuentra limitado por razones del servicio que, en el caso de los servidores públicos de la entidad accionada, van más allá del simple desempeño laboral del servidor, pues comprenden, entre otras, la imagen que se proyecta de la entidad pública y el servicio que se presta a la comunidad.

De igual manera, poco interesa que el servidor público retirado sea idóneo y que sean destacadas sus cualidades y calidades para el desempeño de las funciones a su cargo, pues estas condiciones no generan un fuero de estabilidad y tampoco limitan la potestad discrecional del nominador, en la medida en que se considera como normal que estos empleados cumplan con el buen servicio público. El cumplimiento y la existencia de una hoja de vida por reconocimientos, buena conducta y felicitaciones, es lo normal y corresponde al deber ser de todo servidor público, pero esto en ningún momento constituye un fuero de inamovilidad del cargo.

Dicha situación obedece a que el servicio público de todos los servidores públicos debe ser *per se* excelente y el solo desempeño de su trabajo obedece al cumplimiento propio de las obligaciones que impone la ley. Así lo expuso el máximo tribunal:

El concepto de buen servicio no se ciñe solo a las calidades laborales del servidor, sino que comporta circunstancias de conveniencia y oportunidad que corresponden sopesar al nominador. Las circunstancias de idoneidad y buen desempeño durante la permanencia en la institución no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad de remoción que la ley ha conferido a los nominadores, pues bien pueden existir otros motivos que hagan aconsejable el retiro de los funcionarios<sup>34</sup>. (Forero, 2000).

Por otra parte, para la alta corporación sólo en algunos pocos casos la hoja de vida del empleado de libre nombramiento y remoción es un criterio importante, por cuanto se afirma que la administración tiene el deber de analizar la hoja de vida de quien se pretende desvincular en aras al buen servicio, si la misma presenta méritos excepcionales y la ausencia de antecedentes disciplinarios con un margen no muy amplio desde la fecha del retiro, como garantía de la prestación del adecuado servicio público a que la sociedad anhela, no resultando coherente retirar al servidor. Así lo señaló el Consejo de Estado:

Todo acto discrecional de retiro del servicio supone el mejoramiento del mismo y en este orden, corresponde al juez evaluar los elementos de juicio existentes en el expediente que permitan desvirtuar tal presunción, obteniendo importancia los antecedentes en la prestación de la labor mediatos a la decisión, vale decir, las anotaciones recientes en la hoja de vida del servidor, conforme a la cual es dable inferir su moralidad, eficiencia y disciplina, parámetros para justificar las medidas relacionadas con el mantenimiento o remoción del personal<sup>35</sup>. (Monsalve, 2009).

---

<sup>34</sup> Sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda del 27 de enero de 2000. Consejero Ponente Ana Margarita Olaya Forero. Referencia expediente 231/99.

<sup>35</sup> Sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección "B" del 05 de noviembre de 2009. Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve. Referencia expediente 2002-04711.

Al respecto, esta Corporación ha planteado en algunos casos la inversión de la carga de la prueba cuando la administración no motiva el acto de retiro y de la hoja de vida del empleado de libre nombramiento y remoción se desprenden excepcionales condiciones que hacen presumir la competencia del funcionario para la prestación del servicio<sup>36</sup>; siendo entonces la administración la encargada de probar las razones del buen servicio para el retiro, so pena de la nulidad del acto discrecional por desviación de poder. En este sentido dicha potestad discrecional no es omnímoda en un Estado de derecho, sino limitada por el principio de la relatividad. Así lo argumenta el tribunal supremo de lo contencioso administrativo en algunas sentencias:

La Resolución 6676 del 19 de noviembre de 1996 expedida por el Presidente de los Seguros Sociales, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento de Doris Isabel Ceballos Mendoza en el cargo de Profesional Universitario, grado 30, 8 horas, no persiguió razones del buen servicio público, pues no obra en autos ningún elemento de convicción del cual se desprenda que las razones que llevaron al nominador a retirar a la funcionaria propendían en algún sentido mejorar el servicio público. En situaciones como la presente se invierte la carga de la prueba, es decir correspondía al I.S.S. demostrar que con el ejercicio de la facultad de libre remoción, se proponía mejorar el servicio público a su cargo, e indicar en qué condiciones, de lo contrario se pone en evidencia el desvío de poder<sup>37</sup>. (Maldonado, 2000).

Y sobre el mismo tema:

---

<sup>36</sup> “Sin embargo en asuntos como el presente la hoja de vida de la actora es prueba suficiente para demostrar que el nominador con la expedición del acto acusado desbordó la proporcionalidad del ejercicio de la facultad discrecional que le confiere la ley, pues los méritos personales de la servidora derivados de su experiencia en los distintos cargos que desempeñó, su preparación académica, el cumplimiento de las responsabilidades a ella encomendadas, con ausencia de antecedentes disciplinarios, garantizaban la prestación del adecuado servicio público a que la sociedad aspira”. (Maldonado, 2000).

<sup>37</sup> Sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección “B” del 18 de mayo de 2000. Consejero Ponente Alejandro Ordóñez Maldonado. Referencia expediente 2459-99.

Como ya lo ha reiterado esta Sección, el nominador goza de un margen discrecional razonable en la escogencia y remoción de los empleados de libre nombramiento y remoción, lo que no quiere decir que pueda removerlos o nombrarlos de manera caprichosa o arbitraria, desconociendo sus calidades, experiencia e idoneidad en el desempeño de las funciones, pues su actuación debe basarse en razones sólidas y explícitas. En el subjuice la demandante demostró que era una empleada idónea, tenía una experiencia superior a 10 años del servicio y poseía conocimientos específicos para el cargo, circunstancias que hacían presumir su competencia en la prestación del servicio, por ende, debía la administración demostrar las razones por las cuales prescindió de ella, a pesar de sus calidades, pues discrecionalidad no significa arbitrariedad<sup>38</sup>. (Bustamante 2007).

Es por ello que el actor podrá iniciar la respectiva demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo invocando vicios extraños en su contenido, como lo es la desviación de poder, la falsa motivación, la expedición irregular y/o vulneración de derechos fundamentales. No obstante, el afectado tiene que acreditar una excelsa hoja de vida, con el fin de desvirtuar la presunción de legalidad del acto y que el juez natural confluya en la nulidad y asimismo condene a los accionados a reintegrar al funcionario.

Ahora bien, para el máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la falsa motivación se ha entendido como la discrepancia entre la realidad fáctica y lo consignado en el acto administrativo, es decir que los motivos alegados por el funcionario que expidió el acto en realidad no hayan existido o no tengan el carácter jurídico que el autor les ha dado. Sobre este tópico, ha señalado esta Corporación:

---

<sup>38</sup> Sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección “B” del 01 de noviembre de 2007. Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante. Referencia expediente 25000-23-25-000-1999-02672-01(4249-04).

De manera generalizada se acepta que los motivos de un acto administrativo corresponden a los antecedentes de hecho y de derecho que conducen a la expedición del mismo, es decir, las circunstancias que llevan a la administración a expresar su voluntad en el sentido manifestado en el acto administrativo de que se trate. Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, se entiende que la existencia real de los motivos de un acto administrativo constituye uno de sus fundamentos de legalidad, al punto de que cuando se demuestra que los motivos que se expresan en el acto como fuente del mismo no son reales, o no existen, o están maquillados, se presenta un vicio que invalida el acto administrativo, llamado falsa motivación<sup>39</sup>. (Pinilla, 2005).

Se reconoce esta causal cuando la administración se fundamenta en hechos apartados de la realidad y cuando los fundamentos de hecho y de derecho que se aducen para su emisión no tienen coherencia con la decisión que se adopta o maquillan los motivos reales para su expedición. De manera que el acto administrativo discrecional debe basarse siempre en hechos ciertos, verdaderos y reales al momento de emitirse, so pena de configurar el vicio de falsa motivación que afecta su validez y que confluye en la nulidad del mismo.

Ahora bien, la desviación de poder se ha entendido como aquel vicio en el cual la autoridad administrativa al actuar busca un fin diverso a aquel fijado en la norma de derecho (mejoramiento del servicio público o interés general), es decir que persigue intereses personales y/o clientelistas.

Cuando se invoca la desviación de poder, el actor debe probar cuál fue el verdadero y oculto móvil del acto. Esta prueba, confrontada con los fines perseguidos por la ley, le permitirá al juez verificar la discordancia anotada para concluir que el ejercicio del poder fue distinto al mejoramiento del servicio. Por ello, este vicio se da cuando una autoridad administrativa realiza un acto de su competencia, pero con miras a un fin distinto de aquel

---

<sup>39</sup> Sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta del 08 de septiembre de 2005. Consejero Ponente Darío Quiñones Pinilla. Expediente 2003-01806 -01(3644).



para el cual el acto debía ser legalmente cumplido. En consecuencia, habrá desviación de poder siempre que la administración se aparte del fin del interés general y tienda a satisfacer intereses personales.

La declaratoria de ocurrencia de este vicio debe tener pleno respaldo probatorio que lleve al juzgador a la certeza incontrovertible de que los motivos que la administración tuvo para expedir el acto enjuiciado no son aquellos que la ley señala para el efecto, tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado:

Como la controversia gira en torno al desvío de poder, es preciso recordar que este consiste en el hecho de que una autoridad administrativa, con la facultad de expedir un acto ajustado a las ritualidades de forma, lo ejerce no con el fin y competencia para el cual fue investido, sino que lo utiliza para otros fines. Por eso, es obligación de quien alegue desvío de poder, aportar las pruebas necesarias que lleven al juez de la causa a la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la administración para expedir la resolución de retiro, no obedecieron al buen servicio<sup>40</sup>. (Quintero, 2009).

Para demostrar la desviación de poder no basta con la semblanza de un desempeño laboral acorde con las expectativas públicas, sino la demostración efectiva de que el servidor no debía ser desvinculado, para lo cual hay que probar, *ex ante*, cuál fue el oculto móvil que llevó a tal determinación y no conformarse con poner en duda la transparencia de la decisión, con lo que no se vence la presunción de legalidad del acto; así como también demostrar de manera adicional, que el servicio público se vio afectado con el retiro del servidor; y, finalmente, que el administrado fue calificado en rango excepcional en comparación con la labor normal de eficiencia que le corresponde prestar a todo servidor, por cuanto esta no otorga por sí sola a su titular prerrogativa de permanencia.

---

<sup>40</sup> Sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección "A" del 12 de agosto de 2009. Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero. Referencia expediente 25000-23-25-000-1999-07269-01(4334-05).

De conformidad con lo anterior, la postura dominante del Consejo de Estado, en las sentencias analizadas, niega la presencia del derecho fundamental al debido proceso y se mantiene en la tesis, que su única y exclusiva motivación son las razones del servicio, de conformidad con el artículo 41 en su literal A y en su parágrafo 2 inciso segundo de la Ley 909 de 2004, y en los artículos 3 y 4 de la Ley 857 de 2003.

De otro lado, en cuanto tiene que ver con el retiro de los servidores públicos, ante la vacancia en un empleo público las autoridades tienen la obligación de implementar los trámites para suplirlas a la mayor brevedad en los términos exigidos por la Carta Política. No obstante, como el procedimiento para la provisión definitiva puede tomar un tiempo prudencial, el legislador ha autorizado, como medida transitoria y por supuesto excepcional, la vinculación mediante provisionalidad<sup>41</sup>.

La provisionalidad es una forma de proveer cargos públicos cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal. Esta ha sido concebida como mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad evitando la paralización de las funciones públicas mientras se surten los procedimientos ordinarios para suplir una vacancia (concurso de méritos para empleos de carrera), sin embargo no exime a la administración de la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo.

Es por ello que un funcionario que ejerza un cargo en provisionalidad no puede asimilarse a un empleado vinculado en carrera, pues es claro que no se ha sometido a las reglas que impone la ley para gozar de tales beneficios (realizar con éxito el concurso de méritos, superar

---

<sup>41</sup> En las normas generales que han reconocido la provisionalidad como forma de provisión de empleos se destacan el artículo 5° del Decreto Ley 2400 de 1968, el artículo 4° de la Ley 61 de 1987, el artículo 10 de la Ley 27 de 1992, el artículo 8° de la Ley 443 de 1998, así como la Ley 909 de 2004.

el periodo de prueba, etc.). De otro lado, tampoco pueden asimilarse a empleos de libre nombramiento y remoción, pues su origen legal no es la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo, sino la necesidad inmediata de suplir una vacante y evitar la interrupción de la función pública mientras se surten los procedimientos ordinarios para proveerla con absoluto rigor.

Pero como no existe una ley que considere a los empleados en provisionalidad (que ocupan cargos de carrera) asimilables a los empleados de libre nombramiento y remoción, no tiene cabida una interpretación analógica en esta dirección. Por lo tanto, la administración tampoco puede desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, esto es, sin el deber de motivar sus actos. Esta postura ha sido uniforme tanto en el Consejo de Estado como en la Corte Constitucional a partir del año 2004. Así lo señalan:

La obligación de motivar el acto correspondiente, tal como lo señala el Consejo de Estado, no convierte al empleado en provisionalidad en uno de carrera y como tal tampoco le confiere un fuero de estabilidad porque efectivamente no lo tiene. Simplemente, obliga al nominador a motivar las razones por las cuales el provisional no debe seguir ejerciendo el cargo, dado que si fue nombrado para satisfacer una necesidad en la administración e impedir la interrupción del servicio, su desvinculación debe responder precisamente a que el nombramiento no satisfizo las necesidades de ésta<sup>42</sup>. (Schlesinger, 2009).

En este orden de ideas, es importante resaltar que para el Consejo de Estado antes de la expedición de la Ley 909 de 2004, no se exigía motivar el acto de retiro de los provisionales que ocupaban cargos de carrera administrativa, sin embargo a partir de la entrada en vigencia de dicha ley, que estableció expresamente la obligación de motivar el retiro de los empleos

---

<sup>42</sup> Sentencia Corte Constitucional T-251 del 2 de abril de 2009. Magistrada Ponente Cristina Pardo Schlesinger. Referencia expedientes T-2073981 y T-2074588.

de carrera (empleo precisamente ocupado por los provisionales), no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos actos<sup>43</sup>.

Por su parte, la Corte Constitucional siempre ha mantenido su postura para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos para los provisionales, constituyendo una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso. 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<sup>44</sup>, en especial la T-800 de 1998 donde lo sostuvo por vez primera.

Lo anterior es apoyado en el artículo 125 de la Constitución el cual señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política, 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, de tal forma que ni los decretos reglamentarios pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, 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”<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

<sup>44</sup> (Cronológicamente se destacan 3 sentencias en el año 1998, 1 en el 2002, 3 en el 2003, 4 en el 2004, 24 en el 2005, 15 en el 2006, 13 en el 2007, 13 en el 2008 y 13 en el 2009). Sentencias SU-250/98, 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.

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

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<sup>46</sup>.

### **3. Trascendencia de la discrecionalidad del acto administrativo a partir de la Ley 1437 de 2011.**

#### ***3.1 Estudio comparativo de los artículos 3, 36 y 85 del Decreto 01 de 1984 en relación a los artículos 3, 44 y 138 de la Ley 1437 de 2011.***

Con el antiguo Código Contencioso Administrativo *Decreto 01 de 1984* y antes de la actual Constitución, el principio del debido proceso no se encontraba rigiendo plenamente en las actuaciones administrativas y venía siendo desarrollado de manera incipiente, pues no existía conciencia de su aplicación y se tenían en cuenta otros principios inspiradores (economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción) como criterios de orientación. A partir de la Constitución Política de Colombia de 1991 se estableció claramente que el debido proceso regía también en los procedimientos administrativos, con lo cual ha venido teniendo un desarrollo importante.

Con la expedición de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011 y su entrada en vigencia el 2 de julio de 2011, se entró a reforzar la aplicación del debido proceso en materia administrativa, el cual venía siendo regulado principalmente por el artículo 29 de la Carta Política de 1991, en comparación al sistema anterior (Decreto 01 de 1984), pues el nuevo Código en el artículo tres no solo establece ese principio sino que reglamenta siete principios más (igualdad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia y coordinación) en el procedimiento administrativo, a diferencia del antiguo Código

---

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

Contencioso Administrativo que regulaba seis principios, quedando entonces con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 trece principios, los cuales ya no entrarían a operar como simples criterios orientadores sino ante todo como criterios de interpretación.

Es así como, en virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento establecidas no solo en la Constitución Política de 1991, sino también con el amparo que trae la Ley 1437 de 2011, con plena garantía de los derechos de defensa y contradicción, de tal manera que se le da vital importancia a este principio jurídico constitucional. A partir de allí, se debería consolidar aún más la tesis de la Corte Constitucional, en la necesidad de motivación como regla general de todo acto administrativo. Por tanto, su naturaleza jurídica debería cambiar a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

Es por ello que en virtud del mayor soporte que le da el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al debido proceso, la administración en tal sentido debería tener la obligación de motivar los actos discrecionales como plena garantía a dicho principio. Sin embargo, resulta totalmente contradictorio a la luz del derecho, pues aún se continúa trasgrediendo el derecho fundamental al no esgrimir los motivos del retiro en estos casos - por mínimos que sean-, a pesar de que ello debería desprenderse de la misma Ley 1437 en su artículo 3. Entonces, cabe preguntarse: ¿De qué le sirve al administrado las garantías sustanciales de que goza si no hay un respeto absoluto por el principio rector, que permita materializarlas? Lo cual conllevaría a que el debido proceso se esté desnaturalizando en las actuaciones administrativas en vigencia de dicha ley.

Pese al fortalecimiento del principio del debido proceso impetrado en la Ley 1437 de 2011, hoy en Colombia aún se sigue con la misma línea de pensamiento del monarca por algunos altos funcionarios del Estado y de la justicia, quienes obran sin la suficiente mesura y ecuanimidad que deben observar en acatamiento de preceptos constitucionales y legales, en aras de defender los derechos fundamentales de los ciudadanos que se ven inmersos en situaciones de retiro del servicio.

No hay una plena adecuación del acto administrativo discrecional conforme con la visión antropocéntrica del derecho constitucional y que debe permear la ley como expresión soberana de un Estado Social de derecho como el que tenemos, en procura de asistir al ciudadano. De allí que la reflexión para resolver la inquietud sea la de expedir un marco normativo por el órgano legislativo del Estado que permita el respeto absoluto de los derechos de los ciudadanos al momento de ser retirados del servicio.

Si el Consejo de Estado no decide atemperar su tesis, consistente en el respeto pleno por el derecho fundamental al debido proceso, esa situación podría generar incluso eventuales demandas contra el Estado colombiano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por transgresión de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>47</sup>; al artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>48</sup> y al artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas<sup>49</sup>, debido a que no hay respeto absoluto por ese principio jurídico, siendo tan exigente desde el punto de vista material y probatorio, que en la práctica el debido proceso no resulta siendo útil en gran parte, gracias a un entendimiento tan radical del principio de legalidad de los actos discrecionales.

---

<sup>47</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), aprobada mediante Ley 16 de 1972. Artículo 8 numeral 1. “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Artículo 25 numeral 1. “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

<sup>48</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 8. “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley”.

<sup>49</sup> Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas. Artículo 2 numeral 3 literal a). “Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”.

La facultad discrecional venía siendo aplicada con el artículo 36 del Decreto 01 de 1984 por más de veinticinco años y con la entrada en vigencia del artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, la regulación quedó taxativamente igual. Dispone, en ese sentido, el artículo 44: “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<sup>50</sup>”. (Congreso de la República, 2011).

Artículo que en nada cambió su lectura en comparación con el artículo 36 del sistema anterior, en este sentido; en él se consagra la discrecionalidad y se señalan dos elementos: el primero, que debe ser adecuado a los fines de la norma que lo autoriza, que no es otra cosa que la obligación de satisfacer los fines de la ley *el interés general*. Y el segundo, señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que el hecho de que los motivos alegados por el funcionario que expidió el acto en realidad hayan existido. Si por el contrario, el primer elemento tiende a satisfacer intereses personales, con fines distintos al interés público, el acto estaría viciado de desviación de poder. Y si el segundo elemento se fundamenta en hechos apartados de la realidad, el acto estaría viciado de falsa motivación. Así lo sostuvo el Consejo de Estado:

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 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

---

<sup>50</sup> Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011, edit. Legis- Edición 25.



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.<sup>51</sup> (Maldonado, 2006).

En ese orden de ideas, si el funcionario abusa de la facultad discrecional el acto sería susceptible de control por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, puesto que de esta manera podrá el juez ejercer el control y constatar si el acto corresponde a los fines de la ley, o, si por el contrario el acto estaría incurriendo en causales de nulidad, según lo dispuesto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011:

Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior<sup>52</sup>. (Congreso de la República, 2011).

Observamos, que la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho se regula bajo el mismo postulado del artículo 85 del sistema anterior (Decreto 01 de 1984), esto es por infringir las normas en que deberían fundarse; sin competencia; por expedición irregular; con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa; por falsa motivación y por desviación de poder del acto administrativo discrecional.

Es por ello que los poderes discrecionales no se ejercen para satisfacer fines clientelistas, sino por razones atinentes al servicio; por lo tanto, si media un fin extraño, el acto es ilícito y se demandaría por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin

---

<sup>51</sup> Sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección "B" del 3 de agosto de 2006. Consejero Ponente Alejandro Ordoñez Maldonado. Referencia expediente 25000-23-25-000-2000-04814-01-(0589-05).

<sup>52</sup> Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011, edit. Legis- Edición 25.

de buscar la nulidad del acto y, la condena a la entidad para que responda por los efectos dañinos de la ilegalidad.

Lo anterior es lo que ha denominado la doctrina tanto nacional como internacional el “*Principio de interdicción de la arbitrariedad en los poderes públicos*”, este es uno de los grandes principios que ha sido estudiado por parte de algunos tratadistas del derecho administrativo (*Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández y Hugo Alberto Marín Hernández*), con el fin de evitar la arbitrariedad por parte de la administración al interior de los actos discrecionales, pues, afirman, que ese gran principio se divide en dos subprincipios: el de la razonabilidad y proporcionalidad, y si la potestad de retiro al servidor público se aplica bajo esos dos subprincipios en aras del interés general, la medida estaría bien aplicada, *contrario sensu*, si es diferente a los dos la medida sería arbitraria. Lo cual implicaría una clara alusión al despotismo o la tiranía<sup>53</sup>.

La discrecionalidad con la que puede contar la administración en determinados eventos no puede confundirse en manera alguna con la arbitrariedad, ya que dicha discrecionalidad no puede ser absoluta, sino limitada por el principio de la relatividad. El acto arbitrario, aun aparentando a veces legalidad se aparta de la finalidad de la ley, a la que el acto emitido debe responder (interés general). Mientras la administración ejerza razonablemente sus poderes discrecionales dentro de los límites que le fija el derecho, sus decisiones siempre serán lícitas y no podrán ser anuladas por el juez administrativo. Contrario sensu si la medida traspasa las fronteras de la ley (interés personal), el acto estaría contagiado de arbitrariedad, por cuanto el funcionario que lo expidió estaría actuando con dolo malicioso y favoritismo, propiciando el debate para desvirtuar o no la legalidad sobre el acto de retiro.

En este sentido, hay que diferenciar la discrecionalidad de la arbitrariedad. Cuando la administración actúe de manera arbitraria abusando de la facultad discrecional, generaría vicios de nulidad en el acto administrativo. La primera estaría rodeada de juridicidad mientras

---

<sup>53</sup> Curso de Derecho Administrativo, Bogotá-Lima, Temis y Palestra, 2008, Tl. P. 460-465.

Discrecionalidad Administrativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, estudio preliminar Luciano Parejo Alfonso, p. 397-464 y 836.

que la segunda de antijuridicidad. El acto discrecional es, por principio, legítimo; mientras que el acto arbitrario sería siempre ilegítimo.

De lo anterior se desprende que la discrecionalidad no deriva en arbitrariedad, siempre y cuando ella esté basada en los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Así lo sostiene la Corte Constitucional:

Se trata entonces de una discrecionalidad basada en la razonabilidad, sobre lo cual ya esta Corporación ha sentado jurisprudencia; en efecto sobre la razonabilidad ha explicado que ella hace relación a un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia, o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad. La racionalidad, en cambio, expresa el ejercicio de la razón como regla y medida de los actos humanos. Es simplemente producto de la esencia racional del ser humano.<sup>54</sup> (Mesa, 1995).

Ahora bien, la Corte Constitucional declaró inexecutable *el literal C) y el parágrafo 1 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004*. Veamos qué regulaba la normativa:

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: C). Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada.

Parágrafo 1. Se entenderá que hay razones de buen servicio cuando el incumplimiento grave de una o algunas funciones asignadas al funcionario afecten directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad, caso en el cual

---

<sup>54</sup> Sentencia Corte Constitucional C-525 del 16 de noviembre de 1995. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. Referencia expediente D-942.

se procederá al retiro del empleado, mediante resolución motivada que incluya la descripción del incumplimiento de la función y el nexo causal entre este y la afectación del servicio; contra la cual procederán los recursos del Código Contencioso Administrativo. El uso indebido o arbitrario por parte del nominador de esta facultad acarreará las sanciones contempladas en el Código Único Disciplinario<sup>55</sup>. (Espinosa, 2005).

Por tanto, a los empleados de carrera administrativa no se les puede invocar como causal de retiro “*razones del servicio*”, ni siquiera siendo el acto motivado, esto es expresando cuáles fueron esas razones de mejoramiento del servicio que conllevaron a remover del cargo al servidor público, *contrario sensu* la administración estaría incurriendo no solo en una flagrante vía de hecho administrativa, sino también quebrantando el núcleo duro o esencial de los artículos 29 y 125 de la Constitución Política de Colombia.

Y acá es donde queremos llamar la atención, para que a través de la academia, haciendo eco al principio constitucional del derecho a la igualdad, se proponga un cambio legislativo, consistente en declarar la inexecutable del *inciso 2 del párrafo 2 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004*, el cual la norma señala:

Parágrafo 2. Es reglada la competencia para el retiro de los empleados de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

---

<sup>55</sup> Sentencia Corte Constitucional C-501 del 17 de mayo de 2005. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Referencia expedientes D-5440, D-5449 y D-5462. Demanda de inconstitucionalidad por el cual declaran Inexecutable el literal c) y el párrafo 1 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Inciso 2. La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado<sup>56</sup>. (Congreso de la República, 2004).

Esto, con el fin de erradicar de manera definitiva la trajinada frase “razones del servicio” que viene siendo aducida en la contestación de las demandas, que pregonan insistentemente la presunción de la legalidad del acto de retiro en los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, tal como se hizo con los de carrera administrativa, lo cual les permitiría que se les motive también a ellos las causas que condujeron a prescindir de sus servicios, garantizándoles así, el respeto absoluto por el derecho al acceso real y efectivo a la administración de justicia, al debido proceso, a la estabilidad laboral y a brindar mayor seguridad jurídica a dichos servidores.

En ese orden de ideas, pese a la consagración que se le da al principio jurídico del debido proceso en la Ley 1437 de 2011 en comparación con el Decreto 01 de 1984, la autoridad administrativa continúa aplicando la posición de que la medida discrecional de retiro de funcionarios de libre nombramiento y remoción no requiere de motivación, pues no es indispensable que se expliquen los propósitos que llevan a la autoridad a tomar tal decisión, se presume expedida con base al principio de legalidad (el interés general), desde la óptica de las instituciones y no del debido proceso.

En ese sentido, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), si bien mantiene la regulación del anterior Código en cuanto a la posibilidad de la existencia de actos discrecionales, también acoge elementos de la tesis de la Corte Constitucional -que exige en ciertos casos la motivación del acto de retiro del empleado de libre nombramiento y remoción- al establecer expresamente la aplicación

---

<sup>56</sup> Art. 41, parágrafo 2, inciso segundo de la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004, por el cual se expiden las normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. Diario oficial 45.680.

del debido proceso y todas sus garantías, para los procedimientos administrativos; principio este que, no obstante, se viene irrespetando y desnaturalizando por parte de las autoridades administrativas, al continuar aplicando la postura dominante y constante del Consejo de Estado de no motivar el acto discrecional, *contrario sensu* al ser motivada perdería su fuero, esencia o naturaleza jurídica discrecional.

Es así como, a la fecha, todavía la nulidad de los actos de retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción, a pesar de ser inmotivados, depende de la demostración de una desviación de poder. Al respecto, se trae como ejemplo claro la sentencia del Consejo de Estado proferida el 2 de mayo de 2013, con ponencia del Dr. Alfonso Vargas Rincón, bajo radicado No. 080012331000200301930 01, dentro de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho laboral incoada por el señor Gilberto de Jesús Ramírez Villanueva, contra la Procuraduría General de la Nación.

En este fallo el máximo tribunal de lo contencioso administrativo estudió el caso de un funcionario que ocupaba el cargo de procurador judicial penal de Barranquilla, cargo de libre nombramiento y remoción. El actor fue declarado insubsistente mediante Decreto 745 del 4 de abril de 2003 por parte del Procurador General de la Nación, en virtud de la facultad discrecional. (*Razones del servicio*).

En el caso citado el actor demandó ante el Tribunal Administrativo del Atlántico la nulidad del Decreto, argumentando que a pesar de que el nombramiento de quienes desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción podía ser declarado insubsistente en cualquier momento en virtud de la facultad discrecional, ello no implicaba que dicha facultad fuera desbordada, pues debía estar ajustada a los fines de la ley. Lo cual precisamente se desconoció en el evento enjuiciado, pues su retiro no tuvo como fin el mejoramiento del servicio, sino satisfacer intereses personales (desviación de poder). Igualmente que el acto discrecional adoleció de transgresión a derechos fundamentales.

El Tribunal Administrativo, en fallo de primera instancia, negó las súplicas de la demanda con fundamento en que el acto discrecional gozaba de presunción de legalidad y no

exigía de motivación alguna, pues actuó respetando las normas legales y constitucionales (art. 41 parágrafo 2 inciso 2 Ley 909/2004 y arts. 209-278 C.P.). Igualmente que los cargos de libre nombramiento y remoción fueron creados por las condiciones indispensables de dirección, manejo y confianza que son necesarias para el buen desempeño de la gestión del Procurador y del cual podría ser retirado en cualquier momento. Además, señaló que la eficiencia en el servicio no le otorga al servidor fuero alguno de estabilidad laboral, pues esta es una condición que debe caracterizar a todo servidor público.

El actor, no conforme con el fallo, impugnó la decisión con los mismos fundamentos expuestos en la demanda, agregando además que el Tribunal no tuvo en consideración las sentencias del Consejo de Estado en las cuales ha precisado que la hoja de vida del empleado es prueba suficiente para demostrar que el nominador con la expedición del acto acusado desbordó la proporcionalidad del ejercicio de la facultad discrecional.

En sus consideraciones al resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor, el ponente realizó una valoración de las pruebas, encontrando primero: que el actor acreditó una destacada *hoja de vida* en donde reposaban felicitaciones, experiencia laboral por más de 20 años y la ausencia de antecedentes disciplinarios, los cuales garantizaban el buen servicio.

Segundo: La nueva titular debió posesionarse para tal cargo el 4 de abril de 2003, sin embargo no se posesionó, pues no le había sido aceptada su renuncia como fiscal delegada. El actor continuó desarrollando sus funciones hasta el 31 de julio de 2003, fecha en la cual tomó posesión la titular. Por lo anterior, el solo hecho de haber trascurrido 4 meses para posesionarse, era indicativo de la desviación de poder en que incurrió la Procuraduría, por cuanto con ello se evidenció que lejos de pretender mejoramiento del servicio, su fin, era favorecer apetitos burocráticos, al dejar la titularidad del empleo en situación desprovista y a merced de la disponibilidad que tuviera la interesada. Y,

Tercero: se demostró el notable desmejoramiento del servicio consistente en que con el nuevo nombramiento de la persona que reemplazó al demandante, los procesos que pasaron

a cargo de ella sufrieron demoras, situación que fue objeto de investigación disciplinaria. Que los resultados obtenidos en los últimos meses de la gestión realizada por el actor fueron superiores a los de la nueva titular, por cuanto ella no contaba con la experiencia específica en las funciones propias al cargo, en razón a que se venía desempeñando como fiscal delegada ante la unidad local. Y las imprecisiones sobre el tiempo de servicio, con el fin de mostrar una mayor experiencia con la que realmente tenía.

Las anteriores consideraciones llevaron a la Sala a la certeza incontrovertible de que el actor probó que era eficiente servidor y no se evidenciaban razones del servicio que ameritaran su retiro, por el contrario, su despido obedeció a satisfacer intereses particulares, por tanto, se desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado, por configurarse la desviación de poder como causal de nulidad.

Claramente se observa, que para la Sala se transgredió en ese entonces el artículo 36 del Decreto 01 de 1984, hoy en día el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 del cual regula la regla general de la discrecionalidad.

En consecuencia en aquella oportunidad, el Consejo de Estado determinó revocar el fallo apelado y en su lugar declaró la nulidad del acto y condenó a la Procuraduría General de la Nación a reintegrar al actor al cargo que venía desempeñando, o a uno de igual o superior categoría y a pagarle todos sus salarios.

Corolario de lo anteriormente expuesto, es que cada una de las jurisdicciones (la constitucional y la contencioso administrativa) han abordado el asunto de los actos discrecionales desde ópticas diferentes, pues si bien, ambas llegan a la conclusión de que cuando las actuaciones realizadas por la administración –tratándose del retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción- desbordan las facultades que les han sido conferidas sus actos se pueden anular desde una doble perspectiva, para la Corte Constitucional porque carecen de motivación, mientras que para el Consejo de Estado, ello sólo desde la perspectiva de la desviación de poder y no de la falta de motivación.



Las dos jurisdicciones apuntan a que la discrecionalidad no puede ser absoluta sino relativa, bañada del principio de razonabilidad y proporcionalidad para tomar una decisión tan drástica, y no en desbordar la proporcionalidad del ejercicio de la facultad discrecional, pero lo hacen desde posiciones y argumentaciones distintas.

### **Conclusiones**

Será el lector quien decida si se cumplieron los objetivos propuestos, pero para el autor de este artículo ellos se habrán logrado si quien lo ha leído concluye que el debido proceso en las actuaciones administrativas debe tener un respeto absoluto, debe ser más omnicompreensivo que la concepción clásica o tradicional y no es un cuento, ni una novelería, ni un principio o regla técnica más, sino la condición *sine qua non* para garantizarle al ciudadano el derecho de defensa y contradicción.

En virtud de este principio del debido proceso, al cual le da un mayor soporte la Ley 1437 de 2011 y que se basa en el respeto de los derechos fundamentales en un Estado social de derecho, no se puede llegar a otra conclusión distinta a hacer prevalecer la posición del máximo órgano constitucional, al exigir la motivación del acto discrecional de retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción, ya que sin este importante requisito se le daría la espalda a los administrados en el acceso a la administración de justicia. No podría, entonces, desconocerse este principio que la Ley 1437 de 2011 proyecta aún con más fuerza.

La motivación evitaría el abuso de las autoridades administrativas y posibilitaría diferenciar más claramente la discrecionalidad de la arbitrariedad, en este sentido, tal potestad no implicaría el fuero de intangibilidad de los actos administrativos; de lo contrario, *per se* conllevaría admitir el poder majestuoso y soberbio del Estado con una clara posibilidad a satisfacer caprichos individuales, aspecto que como se ha señalado, contraviene los postulados de un Estado social y democrático de derecho.

Con este artículo no se quiere negar de forma alguna la posibilidad que tiene la administración de expedir actos discrecionales para efectos de desvincular servidores públicos de libre nombramiento y remoción. Por el contrario, esas intervenciones estatales son necesarias y serán legales, siempre y cuando dicho acto sea motivado bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad; *contrario sensu* sucede con la interpretación dominante del Consejo de Estado, en la cual el derecho fundamental al debido proceso ni siquiera es limitado, sino desnaturalizado por completo.

Pero más allá de las consideraciones anteriores, la razón más importante que apoya la lectura de la Corte Constitucional es el respeto por el artículo 4 de la Constitución y los derechos fundamentales. Así las cosas, tomarse la Constitución y los derechos en serio implica, para el juez en general, no solo el constitucional, el deber de analizar toda situación de hecho que deba conocer, bajo el prisma constitucional, recordando además que la Constitución Nacional y los principios que ella encarna no son simples sugerencias del quehacer legislativo o administrativo, sino normas de prevalencia y estricta observancia, tal como lo indica dicho artículo.

Por último, aprovechando esta oportunidad académica, sugiero la necesidad de que a través de la academia, se presenten proyectos para declarar inexecutable *el inciso 2, del párrafo 2, del artículo 41 de la Ley 909 de 2004*, en el entendido de derogar *razones del servicio*, admitiendo la motivación en el acto discrecional para dichos servidores de libre nombramiento y remoción, con el fin de evitar la arbitrariedad de la administración y el detrimento patrimonial del erario público con las demandas que se vienen presentando. De lo contrario, pese a la lectura del máximo organismo guardador de la constitucionalidad colombiana, vamos a seguir amparados en el principio de la legalidad en las mal llamadas “razones del servicio”.

Solicitud que se extenderá al Congreso de la República de Colombia, para que la motivación sea la regla general de todo acto administrativo y se torne como requisito *sine qua non* en todo el espectro administrativo y organizacional del Estado y así garantizar el respeto absoluto por el principio rector, *el debido proceso*.

### **Referencias bibliográficas**

- Abiol, J. C (Julio de 2011). Interés general y administración contemporánea. 129-149.
- Acevedo, J. R. (2003). *Cátedra de derecho administrativo general y colombiano*. Medellín: Gustavo Ibáñez Ltda.
- Hernández, H. A. (s.f.). *Discrecionalidad Administrativa*. Bogota.
- Arrau, P. P. (1984). El control de la discrecionalidad administrativa. *II*, 479-491.
- Brewer-Carias, A. R. (1998). Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimientos administrativos en América Latina. 2-64.
- Carrillo, J. L. (26 de septiembre de 2006). Motivación de las decisiones de la administración pública en la legislación ecuatoriana. 29-74.
- Carvajal, B. (2010). Alcance y limitaciones del debido proceso en el procedimiento administrativo. (4), 7-21.
- Enterría, T. R.-E. (2008). *Curso de Derecho Administrativo*. Bogota-Lima: Temis y Palestra.
- Fernández, Y. T. (2009). " Juicio político o procedimiento de responsabilidad administrativa a los servidores públicos ". 4-21.
- Gozaíni, O. A. (2002). El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional. 54-84.
- Gutierrez, F. E. (2008). *El Acto Administrativo. Texto Visión Holística* (Vol. 1). Real Editores.
- Gutiérrez, J. H. *El acto discrecional: principios que lo rigen y su jerarquía*.

Jaramillo, L. F. (2011). Memorias Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Antecedentes y presentación general de la Ley 1437 de 2011* (págs. 31-32). Bogotá: Consejo de Estado.

Javier G. Rincón Salcedo, E. M. (2009). " Facultad discrecional ", planeación y eficiencia en la gestión del recurso humano militar. *XII* (24), 11-22.

Jesús, A. J. (6 de febrero de 2012). La legalidad de los actos de la administración y la discrecionalidad en la jurisprudencia dominicana estudios de casos (2008-2011). 16-50.

John André Puentes Rojas, J. H. (2012). Análisis a los procesos de reintegro de personal en entidades del Estado que genere estrategias administrativas para disminuirlos "Análisis Policía Nacional". 11 a 96.

Kerlly Zulay Ortiz Nieto, J. A. (2011). ¿Debe el acto administrativo discrecional motivarse para que sea conforme a la constitución, en el retiro del servicio de los miembros de la Ponal ? 27-71.

López, E. C. (2009). La provisionalidad y la facultad discrecional de la administración en el ordenamiento jurídico colombiano. *39* (110), 125-155.

Marín, C. C. (2006). La desviación de poder. *33* (3), 600-603.

Mayrata, C. V. (1992). Derecho y discrecionalidad. 134-143.

Paneque, M. L. (2006). El control judicial en el ámbito de la facultad discrecional de la administración pública en Cuba.

Penagos, G. (1987). *Acto administrativo discrecional* (Cuarta ed.). Medellín: Librería del profesional.

Perdomo, A. (2011). *Comentarios al nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo*. Bogotá: Legis.

Prieto, E. A. (2009). La discrecionalidad de los actos administrativos. 1-6.

Rojas, V. F. (2010). La constitucionalización del derecho administrativo en Colombia: el Consejo de Estado y el caso de los actos discrecionales que ordenan el retiro.

Sampol, J. M. (2003). El concepto de discrecionalidad y su control. 337-358.

Sandra Liliana Cárdenas Sánchez, L. M. (2012). Motivación del acto administrativo de insubsistencia de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad. 4-30.

Torres, C. A. (1995). *Teoría del acto administrativo discrecional*. Medellín: Biblioteca Jurídica.

Vélez, J. C. (2011). El nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo ( Ley 1437 de 2011) requiere de un análisis profundo debido al nuevo alcance que trae a figuras tradicionales del derecho administrativo colombiano: (...). (6), 25-45.

Villareal, M. L. (Noviembre de 2012). La motivación del acto administrativo. 2-92.

### **Jurisprudencia:**

República de Colombia - Corte Constitucional, Sentencia SU.053 del 12 de Febrero de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. (Referencia expedientes: T-3358972; T-3364912; T-3364925; T-3430788; T-3430821; T-3431941; T-3439695; T-3439717; T-3439745 y T-3439758 acumulados).

\_\_\_\_\_ Sentencia T-716 del 17 de Octubre de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. (Referencia expediente: T-3.634.832).

\_\_\_\_\_ Sentencia T-265 del 08 de mayo de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. (Referencia expediente: T-3347202).

\_\_\_\_\_ Sentencia SU.917 del 16 de noviembre de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. (Referencia expedientes: T-2116104; T-2123871; T-2123824; T-2139736; T-2155221; T-2180526; T-2180541; T-2180822; T-2188198; T-2188408; T-2188413; T-2188416; T-2189945; T-2190768; T-2192129; T-2210469; T-2217575; T-2241166; T-2259171; T-2436474; T-2442394; T-2482380; T-2482383; T-2482404 acumulados).

\_\_\_\_\_ Sentencia T-353 del 11 de mayo de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. (Referencia expediente: T-2492704).

\_\_\_\_\_ Sentencia C-795 del 4 de noviembre de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. (Referencia expediente: D-7725).

\_\_\_\_\_ Sentencia T-251 del 2 de abril de 2009, M.P. Cristina Pardo Schlesinger. (Referencia expedientes: T-2073981 y T-2074588).

\_\_\_\_\_ Sentencia T-569 del 29 de mayo de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil. (Referencia expediente: T-1.810.863).

\_\_\_\_\_ Sentencia T-132 del 22 de febrero de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. (Referencia expediente: T-1412144).

\_\_\_\_\_ Sentencia C-179 del 8 de marzo de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. (Referencia expediente: D-5979).

\_\_\_\_\_ Sentencia C-501 del 17 de mayo de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa (Referencia: Expedientes D-5440, D-5449 Y D-5462).

\_\_\_\_\_ Sentencia C-838 del 23 de septiembre de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. (Referencia expediente: D-4538).

\_\_\_\_\_ Sentencia C-1146 del 31 de octubre de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. (Referencia expediente: D-3508).

\_\_\_\_\_ Sentencia C-734 del 21 de junio de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. (Referencia expediente: D-2732).

\_\_\_\_\_ Sentencia C-599 del 24 de mayo de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. (Referencia expediente: D-2656).

\_\_\_\_\_ Sentencia T-494 del 4 de mayo de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. (Referencia expediente: T-278.316).

\_\_\_\_\_ Sentencia C-525 del 16 de noviembre de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. (Referencia expediente: D-942).

República de Colombia - Consejo de Estado. Sentencia del 05 de noviembre de 2009, C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente 2002-04711.

\_\_\_\_\_ Sentencia del 12 de agosto de 2009, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Expediente 25000-23-25-000-1999-07269-01(4334-05).

\_\_\_\_\_ Sentencia del 01 de noviembre de 2007, C.P. Jesús María Lemos Bustamante. Expediente 25000-23-25-000-1999-02672-01(4249-04).

\_\_\_\_\_ Sentencia del 03 de agosto de 2006, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado. Expediente 25000-23-25-000-2000-04814-01(0589-05).

\_\_\_\_\_ Sentencia del 08 de septiembre de 2005, C.P. Darío Quiñones Pinilla. Expediente 2003-01806 -01(3644).

\_\_\_\_\_ Sentencia del 15 de Junio de 2004, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente S-567.

\_\_\_\_\_ Sentencia del 07 de febrero de 2002, C.P. Alberto Arango Mantilla. Expediente 26-27-99.

\_\_\_\_\_ Sentencia del 18 de mayo de 2000, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado. Expediente 2459-99.

\_\_\_\_\_ Sentencia del 27 de enero de 2000, C.P. Ana Margarita Olaya Forero. Expediente 231/99.

#### **Normativas:**

Constitución Nacional de Colombia de 1991.

Presidencia de la Republica de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el Congreso. Decreto Ley 2400 del 19 de septiembre de 1968, por el cual se expiden las normas que regulan la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Congreso de la República de Colombia. Decreto 01 de 1984 Código Contencioso Administrativo, editorial leyer. Esteban Mora Caicedo.

Congreso de la República de Colombia. Ley 909 del 23 de septiembre de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.



Congreso de la República de Colombia. Ley 1437 del 18 de enero de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Bogotá. (2012) Editorial Leyer Ltda. Trigésima cuarta edición.

Congreso de la República de Colombia. Ley 857 del 26 de diciembre de 2003. Diario Oficial No. 45.412, Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional.

Tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso. Declaración Universal de Derechos Humanos.

Tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) aprobada mediante Ley 16 de 1.972.

Tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso. Ley 74 de 1.968, a través de esta ley se incorporó al ordenamiento jurídico colombiano el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. Debido Proceso. Este Derecho fundamental se encuentra amparado en instrumentos internacionales ratificados por Colombia.