



UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DE FUNCIONARIOS DE LIBRE
NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN DE NATURALEZA GERENCIAL
-DESVIACIÓN DE PODER -

JINETTE VEGA CASTAÑO

CÓDIGO: 3500732

ASESORES

Dr. Jairo Antonio Sandoval.

Director Temático.

Dr. Diego Escobar.

Docente de Metodología de la Investigación

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO-PROGRAMA POSGRADO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ D.C.

2012



UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DE FUNCIONARIOS DE LIBRE
NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN DE NATURALEZA GERENCIAL
-DESVIACIÓN DE PODER -

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN

JINETTE VEGA CASTAÑO

CÓDIGO: 3500732

TRABAJO PRESENTADO AL DR. CARLOS KENNEDY VELOZA LANCHEROS
DIRECTOR DE POSTGRADOS FACULTAD DE DERECHO Y AL DR. JAIRO
SANDOVAL CARRANZA, COORDINADOR ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO
ADMINISTRATIVO.

VISTO BUENO ASESOR TEMÁTICO

DR. JAIRO SANDOVAL

VISTO BUENO ASESOR METODOLÓGICO

DR. DIEGO ESCOBAR

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO-PROGRAMA POSGRADO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C.

2012

**DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DE FUNCIONARIOS DE LIBRE
NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN DE NATURALEZA GERENCIAL
-DESVIACIÓN DE PODER-**

RESUMEN: La declaratoria de insubsistencia de los funcionarios de libre nombramiento y remoción de naturaleza gerencial, sin necesidad de motivar el acto administrativo, ha propiciado que se presente desviación de poder y el funcionario facultado con la competencia discrecional de retiro, en cambio de actuar acorde con los postulados constitucionales, en que la finalidad debe ser la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración, se extralimita en sus funciones llegando a desdibujar la facultad de discrecionalidad en arbitrariedad. A partir de la Constitución de 1991, Colombia asumió la característica de un Estado Social de Derecho en el cual las autoridades deben actuar dentro de un marco jurídico, democrático, social justo, fundado en el respeto de la dignidad humana y, específicamente, en la prevalencia del interés general en la función administrativa. Con base en esta consideración y específicamente para los cargos de naturaleza gerencial, se pretende demostrar la desviación de poder que se presenta con mayor regularidad en este tipo de cargos, la dificultad probatoria para demostrarla, y la necesidad de que se motive este tipo de actos administrativos.

Palabras Clave: Insubsistencia, Discrecionalidad, Motivación, Desviación, Poder.

Abstract

The declaration of invalidity of the officials free appointment and removal of managerial nature, without the administrative reasons, this has led to abuse of power and official empowered with the discretion to withdraw, instead of acting in accordance with the constitutional principles, in which the aim should be the best public service delivery and smooth running of the administration functions exceeds its coming to blur the arbitrary power of discretion. Since the Constitution of 1991, Colombia assumed the characteristic of a rule of law in which the authorities must act within a legal framework, democratic, socially just, based on respect for human dignity and, specifically, in the prevalence of general interest in the administrative function. Based on this consideration and specifically for nature management positions, is to prove the misuse of power that occurs more regularly in such positions, the difficulty in gathering evidence to prove it, and the need to encourage such acts administrative.

Keywords: Non-subsistence, Discretion, Motivation, Deviation, Power.

INTRODUCCIÓN

Los funcionarios de Libre Nombramiento y Remoción de Naturaleza gerencial cuya regulación se estipula en la Ley 909 de 2004, en la que hace referencia que para la escogencia de este tipo de funcionarios debe prevalecer la competencia profesional, es decir, debe primar sobre los intereses personales del nominador, el interés general, por ende en el momento de declararlos insubsistentes, la razón para que sean retirados debe ser o porque carecen de dicha competencia o porque no cumplieron con los objetivos de gestión trazados, pero lo que sucede en la realidad, es que la competencia discrecional, otorgada a los funcionarios que ostentan esta facultad, se extralimita, y aunque la Ley permite que este acto administrativo de insubsistencia no sea motivado expresamente, los motivos para desvincular este tipo de funcionarios deben ser por razones del buen servicio, pero lo que se presenta es una desviación de poder, es decir actuando con una intención distinta a la esperada por la norma que lo faculta.

En consideración a la situación manifiesta, para efectuar el análisis de reflexión se empezará por estudiar la naturaleza de los funcionarios de libre nombramiento y remoción y la correspondiente contextualización con la actual carta política, en donde se demostrará la necesidad de adecuar la normatividad que regula la materia a los postulados constitucionales, del respeto a la dignidad humana, prevalencia del interés general sobre el particular y la buena marcha de la administración.

Así mismo, se abordará la regulación legal para declarar insubsistentes a este tipo de funcionarios, analizando lo que indica el artículo 26 en el Decreto 2400 de 1968, con relación a dejar los motivos de la insubsistencia en la hoja de vida y los distintos enfoques que ha dado la jurisprudencia sobre este aspecto puntual.

Sobre la facultad discrecional de remoción de los funcionarios nominadores, se ahondará en la concepción para la cual fue creada, como competencia reglada, desde la perspectiva de los doctrinantes en contexto con los postulados constitucionales.

En cuanto a la motivación del acto administrativo, se estudiará la teoría del acto administrativo, como elemento de validez y de publicidad de los actos administrativos con la fuente doctrinaria y jurisprudencial.

Se profundizará en la figura de desviación de poder, sus implicaciones jurídicas, la dificultad probatoria para el funcionario retirado, la desigualdad de armas frente a la administración y la consecuente violación de derechos, en congruencia con los postulados constitucionales.

Por último, se estudiará un caso del Consejo de Estado sobre desviación de poder en el que se podrá establecer la problemática en la que se encuentran este tipo de funcionarios y de la que son víctimas.

La fuente bibliográfica que se consultó y que respalda el estudio de este artículo se circunscribe a la normatividad que reglamenta la función pública; desde el Decreto 2400 de 1968, Constitución Política, Ley 909 de 2004 y la doctrina desarrollada por autores especialistas en el área de derecho administrativo, laboral administrativo y la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

La metodología que se empleó para el estudio jurídico de los temas abordados en el artículo, fue la sistemática con la técnica de análisis de integración de la institución, con base en el precepto constitucional. Se desarrolló a partir de los principios de la función pública, eficacia y eficiencia en el desempeño del empleo público, de igualdad, del debido proceso y de un orden democrático justo; con sustento en los conceptos provenientes de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, referente al tema de los funcionarios de libre nombramiento y remoción de naturaleza gerencial, en los tópicos de: declaratoria de insubsistencia, motivación del acto administrativo, discrecionalidad y desviación de poder.

La técnica utilizada para adelantar el estudio normativo es la histórica, como en el artículo 26 en el Decreto 2400 de 1968, en el que se estudió que la finalidad del legislador, al elaborar la normatividad y específicamente la disposición de que se consignaran los motivos en la hoja de vida, fue para evitar el abuso de la facultad discrecional.

1. Contextualización de los funcionarios de libre nombramiento y remoción en la Constitución Política.

A partir de la Constitución de 1991, Colombia pasó a ser un Estado Social de Derecho, cuya característica garantista la obliga a ir a la vanguardia de la tendencia del derecho contemporáneo, que en palabras de Flavio Augusto Rodríguez Arce:

“Es reducir al máximo el ámbito de las potestades discrecionales, por no decir eliminarlo, de manera que la administración en sus actuaciones esté indefectiblemente sujeta a los distintos controles previstos por el Constituyente y por el legislador sin excepción, entre ellos, al jurisdiccional contencioso administrativo. Pues tal potestad, de un lado no hace inmunes los actos que la desarrollan y, de otro, su alcance, por lo mismo, no raya en la arbitrariedad y mucho menos en la absoluta discrecionalidad. De esta manera se entiende que la actividad de los administradores es reglada en todos los casos y que por lo tanto no es posible aceptar espacios vedados por la ley o el reglamento, que permitan una decisión librada a la conveniencia y a las consideraciones de oportunidad del funcionario respectivo, lo que sería tanto como remitirse a razones de Estado, proscritas en el actual sistema jurídico, pues aún los actos políticos o de gobierno son justiciables.”¹

En la sentencia de la Corte Constitucional C-588 de 2009, el M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo amplía sobre el origen y evolución de la regulación de la carrera administrativa y de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, lo siguiente:

“...Fue expedida la Ley 19 de 1958 que creó el Departamento Administrativo del Servicio Civil y la Escuela Superior de Administración Pública que se dedicaría a la enseñanza, investigación y difusión de las ciencias y técnicas referentes a la administración pública y, en especial, a la preparación del personal al servicio del Estado. Con base en la Ley 19 de 1958 se dictó el Decreto 1732 de 1960 que “distribuyó en dos sectores los empleos públicos: los de carrera administrativa, como regla general, y los de libre nombramiento y remoción” y rigió hasta la expedición del Decreto 2400 de 1968, que fue dictado con base en las facultades extraordinarias conferidas al Presidente por la Ley 65 de 1967, para “modificar las normas que regulan la clasificación de los empleos”]. A su turno, el Decreto 2400 fue reglamentado

¹ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Consejero Ponente Dr. ESCUDERO CASTRO sentencia dictada el 4 de marzo de 1999 en el proceso 13.913. Resoluciones Ministeriales. Actora: Sandra María del Pilar Urazán de Correcha Silvio, Salvamento de voto Consejero Ponente Dr. RODRÍGUEZ ARCE, Flavio A. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3317>. (Consultado el 6 de septiembre de 2012)

por el decreto 1950 de 1973 que, conforme lo ha destacado la Corte, definió “la carrera como un mecanismo de administración de personal que no reconoce para el acceso al servicio y para la permanencia y promoción dentro de él, factores distintos al mérito personal, demostrado mediante un serio proceso de selección” integrado por “la convocatoria, el reclutamiento, la oposición, la lista de elegibles, el periodo de prueba y el escalafonamiento”. Dentro de esta evolución, la Corte ha destacado que “La Ley 61 de 1987 constituye la última innovación legislativa en materia de función pública durante la vigencia de la Constitución de 1886” y contiene “una nueva clasificación de los cargos de carrera y los de libre nombramiento y remoción”, así como una regulación relativa “a la pérdida de los derechos de carrera, la calificación de servicios y los nombramientos provisionales” al paso que “señaló como excepción a la regla general el sistema de libre nombramiento y remoción”, bajo el entendido de que “los empleos no enunciados allí deben considerarse de carrera administrativa.”(...)aunque la carrera administrativa es el mecanismo ordinario y preferente para la provisión de los cargos públicos, la misma Constitución ha previsto excepciones a ese instrumento, como lo dispone el artículo 125 C.P. para el caso puntual de los empleos de libre nombramiento y remoción. En este evento, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la potestad que tiene el legislador de prever cargos con esa naturaleza, pero de manera correlativa ha sometido el ejercicio de esa competencia al cumplimiento de estrictos requisitos...”²

A partir de la Constitución de 1991, por remisión del artículo 125, en el que se exigía el desarrollo normativo de la carrera administrativa, se crea la Ley 443 de 1998, pero la Corte Constitucional al hacer el examen de constitucionalidad, declaró inexecutable algunos artículos debido a que se desconocían términos de la constitución, ya que iban en contra del sistema de carrera, y fundamentalmente porque no se le daba a la Comisión Nacional del Servicio Civil la calidad de ente autónomo, por ello a partir de las observaciones efectuadas por la Corte, el Congreso procede a elaborar la Ley 909 de 2004.

1.1 Desarrollo normativo funcionarios de libre nombramiento y remoción.

El desarrollo normativo de los funcionarios de libre nombramiento y remoción se encuentra en los artículos 5 °, 6° y 49 de la Ley 909 de 2004, en los que se hace referencia a los cargos específicos desde la administración central y descentralizada del nivel nacional, en la administración central y órganos de

² COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-588 de 2009. Magistrado Ponente Dr. MENDOZA MARTELO, Gabriel Eduardo. quien cifra a su vez a: Corte Constitucional, Sentencia C-195 de 1994. M. P. NARANJO MESA, Vladimiro. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-195 de 1994. Sentencia C-356 de 1994. M. P. MORÓN DÍAZ, Fabio.
<http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/2008/C-588-09.pdf>
(Consultado el 31 de Octubre de 2012).

control del nivel territorial y administración descentralizada del nivel territorial, los cuales deben corresponder a los siguientes criterios enunciados en la ley:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices.

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos.

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e) <Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;

f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.”³

1.1.1 Funcionarios de libre nombramiento y remoción de naturaleza gerencial.

Los funcionarios de libre nombramiento y remoción de naturaleza gerencial se encuentran descritos en el título VIII, artículo 47 de la Ley 909 de 2004, así:

“1. Los cargos que conlleven ejercicio de responsabilidad directiva en la administración pública de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial tendrán

Los cargos de gerencia pública son de libre nombramiento y remoción.

ARTÍCULO 48.

Nº 5. Los gerentes públicos están sujetos a la responsabilidad de la gestión, lo que significa que su desempeño será valorado de acuerdo con los principios de eficacia y eficiencia. El otorgamiento de incentivos dependerá de los resultados conseguidos en el ejercicio de sus funciones.

ARTÍCULO 49. Procedimiento de ingreso a los empleos de naturaleza gerencial.

1. Sin perjuicio de los márgenes de discrecionalidad que caracteriza a estos empleos, la competencia profesional es el criterio que prevalecerá en el nombramiento de los gerentes públicos.

³ COLOMBIA. CONGRESO. Ley 909 de 2004. Artículo 5, 6 y 49.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2004/ley_0909_2004.html

(Consultado el 2 de septiembre de 2012)

2. Para la designación del empleado se tendrán en cuenta los criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo, y se podrá utilizar la aplicación de una o varias pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo, la práctica de una entrevista y una valoración de antecedentes de estudio y experiencia.”⁴ [Subrayado fuera de texto].

Se deduce, a juicio de la autora de este artículo, que este tipo de funcionarios no se enmarcan completamente dentro de los de dirección política y que tampoco resulta fundamental la relación de *“intuitio personae”*, con el funcionario nominador, ya que la característica más importante que deben poseer es la competencia profesional, que son los (... *“criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo”*) los que deben prevalecer a la discrecionalidad para nominar, según lo menciona la ley, ya que son cargos de gerencia pública, que ejercen la función pública en toda su expresión, ya que como lo menciona el numeral 5° del artículo 48 “Los gerentes públicos están sujetos a la responsabilidad de la gestión, lo que significa que su desempeño será valorado de acuerdo con los principios de eficacia y eficiencia”.

Con base en este criterio, es que se llega a determinar que sí es la competencia profesional, el mérito, la capacidad y la experiencia los que deben prevalecer para la escogencia de esta clase de funcionarios, así mismo debe ser el criterio orientador para declararlos insubsistentes de sus cargos, es decir, por la falta o ausencia de competencia, o porque no cumplieron con los resultados de una buena administración y no porque se quiera equiparar con los funcionarios de carrera o se esté reclamando una especie de derecho a la estabilidad laboral, sino por la transparencia de un orden democrático jurídico justo y la implicación que conlleva retirarlos de este tipo de cargos, con el agravante de que si están desempeñando una gestión eficiente y eficaz y si con la nueva nominación no se igualan o mejoran las condiciones del funcionario saliente, sino que se actúa por razones subjetivas diferentes al motivo finalístico de mejorar el “buen servicio”, que para estos cargos específicos sí es el criterio orientador a la hora de desvincularlos, ya que al omitir este juicio por parte del funcionario con la facultad de remoción se estaría violando el principio constitucional de prevalencia del interés general, sobre el interés particular.

⁴ COLOMBIA.CONGRESO. Ley 909 de 2004 Artículo 5, 6 y 49.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2004/ley_0909_2004.html
(Consultado el 2 de septiembre de 2012).

1.2 Retiro de los funcionarios de libre nombramiento y remoción- motivación en la hoja de vida.

La Ley 909 de 2004, en el título VII, enuncia el retiro de los empleados públicos, ampliado en el artículo 41 donde aborda el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción, descrito en detalle en el literal (a), declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción.

En el Decreto 2400 de 1968, en el artículo 26, se dispuso lo siguiente: *“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...”*

El Consejo de Estado sentó su posición en la Sentencia del 9 de octubre de 2003, de la Sección Segunda, sobre la interpretación de este artículo, así:

“...Así, resalta el efecto útil de la anotación del hecho de la insubsistencia y las causas que lo originaron, lo cual se extiende hacia adelante, va al futuro, es decir...Las anotaciones mencionadas y el registro posterior que se hace con fundamento en ellas no tiene relación alguna con la existencia y validez del acto declaratorio del retiro del servicio y menos con la operancia de la presunción de legalidad de que el retiro se decreta en aras del mejoramiento del servicio.

La anotación citada en la hoja de vida del empleado desvinculado del servicio, antes que dar paso a la presunción de legalidad de la decisión administrativa, llevaría a desnaturalizar la facultad discrecional que en algunos casos tienen las autoridades y que ejercen, porque le impondría la expresión de las causas del retiro cuando la misma ley lo faculta para expedir el acto sin motivación expresa.

Otra cosa, es la facilidad o dificultad que puede existir en orden a probar la desviación de poder, etc., pero tal circunstancia, no puede aducirse como justificación para desaparecer del mundo jurídico y menos por vía jurisprudencial, la facultad discrecional, que es uno de los mecanismos más importantes en la dirección política y administrativa del Estado.

Resultaría un contrasentido que la ley permitiera la remoción del empleado sin consignar su fundamentación en el acto administrativo sin que sea anulable por esta causa, y si lo fuera por no dejar una constancia que no hace parte del acto, de su

trámite previo, ni es requisito legal de su existencia, validez y eficacia. “⁵ (Subrayado fuera de texto)

Según se observa, para el Consejo de Estado, la anotación de los motivos en la hoja de vida no hacen parte de la validez del acto administrativo, no es una obligación, ni un límite y al contrario desvirtúan, según su entendido, la facultad discrecional, pero reconoce en parte la dificultad probatoria para el recurrente afectado.

El tratadista Jairo Villegas interpreta el tema de la constancia en la hoja de vida de la siguiente forma:

“El “DEBERA dejarse constancia” es una obligación, una limitante sobre la administración y correlativamente una garantía en beneficio del empleado. Anota que la pérdida del empleo vulnera un derecho fundamental especialmente tutelado y que el afectado tiene la garantía de defensa y contradicción jurisdiccional para el juzgamiento del acto en sus elementos objetivos de adecuación y proporcionalidad, que de no describirse los hechos y las causas mediante la constancia...el afectado quedaría en situación de indefensión en relación con la situación objetiva constituida por los hechos y las causas, dada la imposibilidad de impugnación y juzgamiento de los motivos...ya que la defensa e impugnación quedaría cercenada y reducida a la simple forma. Así sería errado suponer, que la finalidad de la constancia, por el contrario se agota y subsume en ser apenas un asunto meramente intraadministrativo de reporte al departamento de la función pública, una garantía para la administración” (art.25, par.1°).⁶

Por ello con base en lo que han venido sosteniendo algunos doctrinantes como Penagos, Berrocal, Santofimio, Diego Younes, entre otros, se plantea que de acuerdo a la teoría del acto administrativo todos los actos deberían ser motivados, justamente para evitar esta desigualdad de armas, por ello y, a juicio de la autora de este artículo, es medianamente aceptable que en los cargos de libre nombramiento y remoción, denominados políticos, no se motive expresamente la

⁵COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala Especial Transitoria de Decisión de lo Contencioso Administrativo. CÁCERES, Tarsicio. M.P. Expediente 03290-02; cifrado en el Recurso Extraordinario de Súplica, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra Bogotá, septiembre 12 de 2005, Radicación número: 11001-06-15-000-199-0285-01(S) Actor: Beatriz Amparo Suárez.
<http://ezproxy.umng.edu.co:2104/Colombia/detalles.aspx?id=198837>
(Consultado 2 de Octubre de 2012)

⁶ VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral Tomo I. Séptima Edición, primera reimpresión Bogotá, 2005, pág. 543

declaratoria de insubsistencia, aunque se pensaría que para evitar esta problemática probatoria, todos los actos sin excepción deberían ser motivados expresamente, ya que si la administración, representada por ese funcionario facultado actúa con el criterio adecuado a los principios rectores que guían la administración pública, no tendría porque dejarlos a la imaginación y en cambio se ganaría en transparencia y eficiencia al dejarlos consignados; pero como el objeto de este artículo es abordar el tratamiento que se debe dar al declarar insubsistentes a los funcionarios que ocupan los cargos de gerencia pública, debido a que presentan más características administrativas, pero que por tener alta jerarquía se incluyeron dentro de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, quedando este tipo de cargos al arbitrio de sus nominadores que en ocasiones para retirarlos no actúan acorde con lo querido por la norma olvidando el motivo finalístico del buen servicio, presentándose la denominada desviación de poder.

El inconveniente sobre este aspecto consiste como lo expresa *Hostiou, así:*

“La presunción de legalidad es prácticamente indestructible y la Administración se defiende bajo el argumento de no tener obligación de motivar la decisión, esta situación es entendible en la relación Administración-ciudadano, pero no entre partes y el juez. Una vez el acto es demandado, las partes (Administración y destinatario de la decisión), deberían permitirle al juez concluir con la verdad porque, en caso contrario, se estaría en presencia de una clara desigualdad de armas en la medida en que a la Administración solo le bastaría refugiarse en el silencio de su decisión para poder salir avante en el litigio.”⁷

Al referenciar el argumento de que la situación de no motivar es “entendible” en la relación administración- ciudadano, este no es entendible ya que, a juicio de la autora, desde un principio se debería motivar el acto administrativo, ya que así el ciudadano podría hacer uso de los recursos ante la misma administración con mayor seguridad y claridad.

Por ello, como lo considera el profesor René Chapus, la importancia de motivar las decisiones administrativas, obedece a tres criterios:

⁷ HOSTIOU, René. “Le droit français de l'expropriation et la Convention Européenne des Droits de L'Homme”AJDA, 2000, pág. 290 tomado del prólogo del Manual del Acto Administrativo pág. XXIX.

“1. – Democracia: De conformidad con los principios democráticos, la administración debe rendir cuentas a los administrados de las razones por las cuales tomaron una decisión.

2.- Buena administración: La obligación de motivar obliga a las autoridades administrativas a examinar cuidadosamente las razones de sus decisiones. De esta manera se puede prevenir la toma de decisiones no suficientemente estudiadas o de difícil justificación.

3.- Buen control de la administración: El conocimiento de los motivos de las decisiones permite a los interesados apreciar de mejor manera si vale realmente la pena controvertir esa decisión en vía gubernativa o judicial. Al mismo tiempo, el juez tiene más elementos de juicio para estudiar las demandas que le son presentadas solicitando la nulidad de un determinado acto.”⁸

1. Facultad discrecional de declaratoria de insubsistencia.

Es preciso en este apartado traer la definición de la Real Academia de la Lengua Española (RAE), sobre la discrecionalidad en el que dice que es:

“Un adjetivo que se lleva a cabo “libre y prudencialmente, dicese de la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas”.⁹

Según el tratadista Gustavo Penagos:

“La facultad o competencia discrecional es el poder que la ley atribuye al funcionario para actuar o proferir la decisión, lo cual es diferente al juicio de valor, o consideración que realiza la administración, con el fin que el acto administrativo se adecue a los objetivos señalados en la Constitución, ley o reglamento...”partiendo del postulado básico del Estado Social de Derecho al determinar las funciones del funcionario (artículo 123, inciso 2° de la Constitución.)...surge como consecuencia lógica que la discrecionalidad significa un caso típico de remisión legal”...La doctrina admite un margen de libertad en la apreciación de la medida que debe adoptarse conforme a la ley, de ahí la razón por la cual se dice que no hay discrecionalidad al margen de la ley, ni más allá de la ley.

Existen elementos, que necesariamente, deben estar reglados por ley en toda competencia discrecional, tales son:

1° La existencia de la competencia o potestad discrecional.

2° La extensión o cobertura de la potestad discrecional que no puede ser absoluta, pues se caería en lo arbitrario.

3° La competencia en concreto que la ley atribuye a un órgano para ejercer determinadas funciones (artículos 6, 121, y 123, inc 2° de la Constitución)

4° La finalidad de la administración la determinan la ley.”¹⁰

⁸CHAPUS, René. “Droit administratif général”. Montchrestien. 2000. T. I 14 ed. N° 1318. [Tomado del prólogo del Manual del Acto Administrativo] pág. XXX

⁹ Real Academia Española de la Lengua
<<http://lema.rae.es/drae/?val=discrecionalidad>
(Consultado el 9 de septiembre de 2012).

Se infiere del análisis del texto que la discrecionalidad no es absoluta, es una facultad que ordena la ley cuya finalidad debe tener como una de sus bases el interés general.

Sobre el tema de discrecionalidad en el retiro de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, la Corte Constitucional considera lo siguiente:

“Ahora bien, la discrecionalidad con que cuenta el nominador respecto de los cargos de libre nombramiento y remoción no puede ser entendida con un carácter absoluto por cuanto puede constituirse en un acto arbitrario ajeno al Estado de Derecho. Por el contrario, la discrecionalidad relativa no está emparejada con la subjetividad del funcionario nominador sino que tiene relación con las circunstancias de hechos, las circunstancias de oportunidad y la conveniencia que puede darse con la toma de la decisión; así las cosas, en principio, los actos de desvinculación de las personas que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción no requieren motivación y facultan al nominador a remover libremente a quienes lo ocupan.”¹¹

Por otro lado, el doctrinante Villegas considera que: *“(…) la potestad discrecional no es abstracta, ni absoluta, ni ilimitada, ni indefinida, ni extrajurídica, ni caprichosa...como potestad jurídica, conforme a derecho y en el derecho, la discrecionalidad no es arbitrariedad.”¹²*

Villegas también citando la sentencia de la Corte Constitucional C-031 del 2 de Febrero de 1995 de la Corte Constitucional sobre discrecionalidad manifestó que: *“(…) es una potestad jurídica del estado de derecho, EXPRESAMENTE ATRIBUIDA O PREVISTA POR LA NORMA, que autoriza a la administración para apreciar, valorar y juzgar las circunstancias de hecho a fin de escoger dentro del orden jurídico, la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibles”.*¹³

Así mismo, Villegas en referencia específica a la facultad de remoción cita la sentencia del Consejo de Estado C-040 del 9 de Febrero de 1995, la cual sostiene lo siguiente: *“En un Estado de Derecho, la facultad de libre nombramiento y*

¹⁰ PENAGOS, Gustavo, Nombramientos e insubsistencias discrecionales, partidistas o arbitrarios, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 1998, pág.14-15.

¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 734 del 21 de junio de 2000. Expediente D-2732. M.P Vladimiro Naranjo Mesa
<http://200.74.129.85/Jurisprudencia/cc/index.html>
(Consultado el 6 de octubre de 2012)

¹² VILLEGAS ARBELAEZ Op.cit, Pág. 492.

¹³ Ibídem,Pág.492.

*remoción no equivale a la arbitrariedad, pues el otorgamiento de facultades, por amplias que ellas sean para apreciar los hechos y tomar las decisiones más convenientes al bien común y concretamente al buen servicio, supone una subordinación de medio a fin; sin esta al poder discrecional degeneraría en la arbitrariedad que es la total negación del Estado de Derecho”.*¹⁴

La potestad discrecional tiene el límite que le da la propia Ley, así como lo expresaba claramente el anterior código contencioso administrativo en el artículo 36: *“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”.*¹⁵

En la sentencia hace referencia a un Estado de derecho, es decir al principio de legalidad que para la seguridad jurídica es fundamental, sin embargo, faltaría añadir que ahora como Estado “Social” de derecho, es igual de importante el Estado como garante de los derechos y que ninguna atribución puede desbordar los principios filosóficos que ha otorgado la Carta a través de su constituyente primario.

2. La motivación del acto administrativo.

Sobre la motivación del acto administrativo el tratadista Jairo Villegas citando al profesor francés RENE HOSTIOU quien expresa lo siguiente sobre la motivación del acto administrativo:

“Durante mucho tiempo, una de las paradojas del derecho administrativo francés, era que la administración no estaba obligada a motivar sus propias decisiones, es decir a incluir materialmente, dentro del acto, los elementos de hecho y de derecho que servían fundamento a su decisión.

Pero, al mismo tiempo, el juez administrativo estaba facultado para apreciar la legalidad de los motivos.

*Como lo anotaba, no sin cierto humor el Decano Vedel, en Francia el administrado estaba facultado para atacar un motivo que a priori no conoce”*¹⁶

¹⁴ Ibídem, Pág. 494.

¹⁵ COLOMBIA. CONGRESO. Decreto 01 de 1984. Código Contencioso Administrativo. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_contencioso_administrativo_pr_001.html (Consultado el 15 de Octubre de 2012)

¹⁶ Revista Derecho Administrativo. Universidad Santo Tomás. Bogotá. Dic/93, p.6. Citado en el Libro de VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral Tomo I. Séptima Edición, primera reimpresión Bogotá, 2005, Pág. 507.

Es claro que la facultad discrecional de no motivar las decisiones tiene su raíz, en un Estado monárquico y que actualmente en un Estado social de derecho como el actual solo se permite para determinados casos, sin embargo, es claro que a la hora de desvirtuar la actuación se entraría en principio a estudiar los cargos con indicios, ya que no se conoce el motivo de la decisión y esto conlleva a mayor demora en el estudio que realiza el operador jurídico, que en ocasiones no alcanza a interpretar la intención del actor y pasa de una instancia a otra, para poder llegar a dilucidar la realidad de los hechos.

En cuanto a la motivación de los actos administrativos el maestro Luis Berrocal citando a José María Boquera haciendo referencia al tema, menciona:

*“Es aquello que origina y le sirve de fundamento a la declaración que contiene el acto administrativo. Se trata de las circunstancias o razones de hecho y/o derecho que determinan la expedición del acto y el contenido o sentido de su respectiva declaración”.
Jurisprudencialmente, mediante Sentencia SU-250 de 1998, la Corte destacó cómo, a pesar de ser una elaboración relativamente actual, la motivación de los actos administrativos es vista en el derecho contemporáneo como una garantía en contra de la arbitrariedad, especialmente cuando de actos discrecionales se trata, que encuentra fundamento en el principio de publicidad que preside el ejercicio de la función pública, recogido en nuestra Constitución Política, en el artículo 209.
Dicho fallo hizo énfasis en la idea de que lo discrecional también debe decidirse con fundamento en motivaciones suficientes que permitan distinguirlo de lo puramente arbitrario o caprichoso... ”.*¹⁷

Es bastante claro que la motivación en los actos administrativos es una garantía en contra de la arbitrariedad, ya que a juicio de la autora de este artículo, hace al funcionario investido con dicha facultad reflexionar sobre su decisión, ajustándola a los motivos que expresa, en cambio cuando no tiene esa imposición puede sentirse con un poder omnímodo y al ex funcionario le queda la carga de la prueba con la dificultad probatoria que se observa.

¹⁷ BOQUERA, José María, Estudios sobre el acto administrativo, Editorial Civitas, S.A. 5ª edición. 1988. Pág. 71. citado por BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique, Manual del acto administrativo, Librería Ediciones el Profesional Ltda. Quinta Edición.2009, pág. 93.

La Corte Constitucional sobre este aspecto menciona lo siguiente:

“Excepción, dentro de los actos administrativos que no necesitan motivación como la nominación y la declaratoria de insubsistencia y el caso de los empleos que tienen el carácter de ser de libre nombramiento y remoción.

... Ahora bien, como se trata de algo excepcional, esos empleos de libre nombramiento y libre remoción tiene que señalarlos taxativamente el legislador ya que obedecen a una relación subjetiva porque la escogencia del colaborador se hace por motivos personales de confianza o por razones ligadas a plasmar y ejecutar una política, ejemplo de ello los ministros del despacho, directores de entidades descentralizadas, etc., estableciéndose una relación "intuitu personae" entre el nominado y el nominador.”¹⁸

La corte ha venido defendiendo esta excepción por haberse llevado a la Constitución Política (Art. 125) el régimen de Carrera Administrativa, cuyo pilar fundamental debe ser el mérito, para poder acceder a vincularse con el Estado y la no motivación en los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, constituyen una excepción al principio general de publicidad de los actos administrativos.

3. Desviación de poder.

El doctrinante Gustavo Penagos, expresa que la desviación de poder consiste:

“...en darle un fin diferente a la decisión administrativa, contrariando el señalado por la ley, afecta de nulidad el acto administrativo. La desviación de poder como lo ha reiterado la doctrina y la jurisprudencia, es una forma de ilegalidad que se predica del fin o elemento teleológico del acto administrativo que debe buscar el interés general...”¹⁹

¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 734 del 21 de junio de 2000. Expediente D-2732. M.P Vladimiro Naranjo Mesa
<http://200.74.129.85/Jurisprudencia/cc/index.html>
(Consultado 6 de octubre de 2012)

¹⁹ PENAGOS, Gustavo. Nombramiento e insubsistencias discrecionales, partidistas o arbitrarias. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 1998, pág. 181

Como se desprende del análisis del comentario, ninguna decisión por discrecional que sea, se puede exceder de lo que estipula la norma y tiene que estar sujeta a los postulados constitucionales y mucho más tratándose de la administración pública, en que el pilar de toda actuación es el interés general.

Sobre este tema de desviación de poder el tratadista Libardo Rodríguez define:

*“si una autoridad dicta un acto utilizando una competencia que la ley le ha otorgado pero persiguiendo una finalidad extraña al interés general ese acto sería ilegal por desviación de poder. Ahora bien el legislador puede haber previsto, ya sea expresa o tácticamente, una finalidad particular para el ejercicio de una competencia, caso en el cual si el funcionario busca otra finalidad, así sea esta última de interés general, el acto será ilegal”.*²⁰

Por otra parte, el tratadista Rodríguez menciona que la desviación del poder se presenta cuando el actor cambia o se extralimita en la finalidad específica perseguida por la norma, que según indica, puede ser diferente a la del interés general, sobre este aspecto a juicio de la autora de este artículo, se tendría que hacer una ponderación de principios, mirar los hechos y circunstancias puntuales para que se puede llegar a determinar que si la norma tiene una finalidad distinta al interés general, no se presentaría desviación de poder si se afecta justamente este principio con la decisión del funcionario.

El profesor Jaime Orlando Santofimio comentando sobre lo que expresa el Consejo de Estado sobre desviación de poder:

“El Consejo de Estado, al analizar precisamente la problemática probatoria frente a este tipo de causal de nulidad, indica: “...cuando se alega desviación de poder debe llevarse al juez la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la administración para proferir el acto enjuiciado no son aquellos que le están expresamente permitidos por la ley, sino otros, de manera que el resultado de la decisión que se ataca es diverso del que naturalmente hubiera podido producir, si la decisión se hubiere proferido de acuerdo con los dictados legales que la informan [...] quien pretenda esa declaratoria está obligado a aportar tales pruebas para que el juez del conocimiento no tenga la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido, el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que, por el contrario, se valió de aquella modalidad

20 RODRÍGUEZ R. Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, Editorial Temis, Bogotá, 1985 Pág. 215.

administrativa para que obtuviera como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la ley...²¹

“Dentro de esta idea de prueba indirecta, la doctrina ha planteado una serie de hechos que, demostrados en el proceso, pueden dar pie a que se infiera un desvío de poder y se produzca como consecuencia su declaratoria. A estas situaciones las denomina Cretella Junior “síntomas denunciadores del desvío de poder”, y consisten en aquellos indicios que pueden indicarnos la distorsión del fin que la administración ha producido en un acto administrativo, son los siguientes:

- La contradicción del acto con actos o medidas posteriores...
- Contradicción del acto con actos o medidas anteriores...
- Motivación excesiva...
- Injusticia manifiesta...
- Disparidad del tratamiento...²²

“-Respecto de su naturaleza subjetiva, expuso el Consejo de Estado que “... esta causal de nulidad de los actos administrativos [...] constituye hoy uno de los más importantes controles de los gobernantes, ya que extiende su radio de acción al aspecto subjetivo de las actuaciones de los funcionarios y corporaciones públicas. En efecto, en las demás causales de anulación, para apreciar la validez del acto jurídico, basta un estudio objetivo del aspecto material de la actuación [...] En cambio, para determinar si al proferirse un acto administrativo se ha actuado con desviación de poder del respectivo funcionario, es necesario entrar en el aspecto subjetivo, psicológico, al estudio de los fines perseguidos por el respectivo agente para determinar si ellos se ajustan o no al espíritu de la ley...”.²³

Con base en lo indicado por el profesor Santofimio, para demostrar la desviación de poder, en principio se tendrían pruebas indiciarias como el hilo conductor para llegar a deducir las intenciones, esa verdad oculta o distorsionada en la decisión del funcionario investido con la competencia de remoción, es decir, un estudio de naturaleza subjetiva, que en la práctica no es fácil ya que se requiere de un séquito de pruebas testimoniales y documentales y, lo más importante, de tiempo, para que emerjan las acciones posteriores que contradigan el fin determinado por la norma.

“...En providencia de 1988 indicó la corporación [Consejo de Estado] que el desvío de poder se presenta “...cuando el agente administrativo realiza un acto, que cabe dentro de sus atribuciones; observa todas las formalidades prescritas por la ley; el acto se ajusta en sus términos a las normas superiores; pero al proferirlo se han tenido en miras motivos distintos de aquellos para los cuales se le confirió el poder. [...] Las atribuciones o poderes otorgados a los funcionarios o corporaciones deben siempre ejercerse en razón del interés general del

²¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo - Acto Administrativo, procedimiento, eficacia y validez. Universidad Externado de Colombia. Cuarta Edición, abril 2003, Bogotá, Pág. 412.

²² Ibíd. p. 414.

²³ Ibíd. p. 415.

buen servicio público: el poder ejercido con fines distintos es un poder torcido o desviado de sus propios fines. [Subrayado fuera de texto]²⁴

La facultad o competencia discrecional para desvincular a los funcionarios de naturaleza gerencial específicamente debe darse por motivos de mejoramiento del servicio, en busca de la satisfacción del interés general y del buen servicio público.

Gustavo Penagos citando a León AUCOC, quien menciona que existirá desviación de poder, *“cuando un agente de la Administración, realizando un acto de su competencia, observando las formas prescritas por el legislador, usa su poder discrecional en un caso por motivos bastante distintos de aquellos en virtud de los cuales este poder le fue atribuido”*.²⁵

Actualmente, a los funcionarios de libre nombramiento y remoción que se les desvincula de sus cargos y que se sienten vulnerados, les corresponde: *“desvirtuar la presunción legal, que surge de la naturaleza del acto mismo, para efectos de su anulación, el demandante tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya el cargo aducido como causal de anulación conforme a lo dispuesto por los artículos 176 y 177 del C.P.C.”*²⁶

Como ya se ha enunciado, esa carga probatoria para desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo, es dispendiosa y toma tiempo, que para este caso a juicio de la autora de este artículo, es una desigualdad en los medios de defensa entre la administración y el administrado.

Luis Enrique Berrocal, sobre la desviación de poder, expresa:

*“Su mayor aplicabilidad y utilidad se da cuando se trata de actos discrecionales, toda vez que además de la competencia, los demás elementos no tienen mayor relevancia como factor de control, ya que por una parte las formalidades a que están sujetas son mínimas, no requiere motivación, y en cuanto a las circunstancias de tiempo, mérito, modo, lugar, etc., quienes las profieren tienen un amplio margen de maniobra.”*²⁷

²⁴ Ibíd. p. 416.

²⁵ AUCOC León, Conferencias sur L'Administración et le Droit administratif.3 vol. 1878. París.Citado por PENAGOS,Gustavo. Nulidades y Acciones del Acto Administrativo. pág. 207.

²⁶ <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43318> [recuperado 9 de septiembre de 2012]. Colombia. CONSEJO DE ESTADO. Fallo 734 del 23 de febrero de 2011.

²⁷ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del acto Administrativo, Librería Ediciones del Profesional Ltda. Quinta Edición, 2009, pág. 503.

En un Estado social de derecho, es inadmisibles que existan competencias desbordadas y sin medios efectivos de control, por ello se están en acuerdo total con la expresión acuñada por Hans Hüber y replicada por tratadistas como Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández Rodríguez: la discrecionalidad administrativa es “el caballo de Troya del Estado de Derecho”.

Según analiza el profesor Agustín Gordillo, la desviación de poder se configura:

*“a. Por actuar con un fin personal (venganza, favoritismo, etc.),
b. Con un fin administrativo, pero no el querido por la ley: si la ley lo autoriza a adoptar determinada medida (por ejemplo, el cobro de multas por ciertas infracciones) teniendo en vista una finalidad específica (en el caso, evitar la comisión de nuevas infracciones), será desviado, y con ello ilegítimo, el acto que la adopte con una finalidad distinta (por ejemplo para tratar de recaudar los mayores fondos posibles para determinadas obras comunales).”²⁸*

Se advierte que existirá desviación de poder incluso si la actuación se considera justa, si actúa contrariando la finalidad de la norma como por ejemplo: darle el empleo a una persona que se encuentre en una situación de necesidad, sin que cumpla los requisitos, iguale o mejore al funcionario saliente y si la finalidad de la norma expresa que se debe desvincular por razones del buen servicio, es decir, para mejorar el mismo se configurarían la desviación de poder.

Sobre la desviación de poder el maestro Penagos expresa:

“La discrecionalidad administrativa es de directa base constitucional y racional pues si la ley da una atribución determinada a un funcionario, sólo cabe admitir que se la dio para que cumpla con la propia finalidad legal y no con una finalidad distinta cualquiera sea su naturaleza.(...) “A diferencia de la razonabilidad, se presenta la dificultad probatoria de que por tratarse de intenciones subjetivas del funcionario, es necesario encontrar pruebas indiciarias o elementos probatorios circunstanciales, para poder acreditar que la finalidad desviada realmente existió; pocas veces es el acto mismo el que permite demostrar, a través de su motivación, que adolece de este vicio, normalmente la prueba resultará de un conjunto de circunstancias ajenas al aspecto externo del acto, pero que están en la realidad y en los antecedentes del caso”.²⁹

²⁸ GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo. Parte General. Primera edición Medellín, Colombia. Biblioteca Jurídica Dike.1998. Citado por PENAGOS, Gustavo. Nulidades y Acciones del Acto Administrativo. Página 208.

²⁹ PENAGOS, Gustavo, Nombramientos e insubsistencias discrecionales, partidistas o arbitrarios, Ediciones Doctrina y Ley Ltda.1998, pág. 208.

Como se ha venido indicando, demostrar la desviación de poder requiere de muchos elementos probatorios y aunque es cierto que incluso en los actos administrativos motivados expresamente, se presenta esta figura, a juicio de la autora de este artículo, el funcionario nominador, al sentir que tiene que acatar una reglamentación de expresar los motivos de su decisión, se cohibiría en extralimitarse en sus decisiones.

Tal como lo expresa el Profesor Penagos la importancia de expresar los motivos:

“De tal manera, los motivos son causa y sustento de una decisión administrativa, no pueden ser ignorados, ni mucho menos restarles su importancia ya que son la legalidad de la acción administrativa y otorgan claridad y justicia a la situación particular que se presente.”³⁰

Con relación a esta figura de la desviación de poder, Diego Younes comenta que:

“La desviación de poder –requiere de una penetración psicológica, que permita identificar cual fue el fin perseguido por el acto administrativo. Este aspecto diferencia el examen que se hace cuando se impugna una decisión por incompetencia o por violación de la Ley, pues en estos casos basta determinar cuales son las disposiciones legales que se han dejado de observar para determinar si se da o no la causal alegada...En Jurisprudencia muy bien lograda, el Consejo de Estado, al estudiar esta causal de anulación de los actos administrativos, expreso: “Podemos afirmar entonces que la doctrina de la desviación de poder contempla una situación en la cual un agente administrativo ha realizado un acto que cabía dentro de sus atribuciones, ha observado todas las formas proscritas por la ley, el acto se ajusta en sus términos a las normas superiores, pero al proferirlo se han tenido en mira motivos distintos de aquellos para los cuales se confirió el poder. Las atribuciones o poderes otorgados por la ley a los funcionarios o corporaciones públicas deben siempre ejercerse en busca del interés general, del “buen servicio”, el poder ejercido con fines diferentes es un poder torcido o desviado de sus propios fines._Por esto, la desviación de poder puede definirse como una incorrecta aplicación del poder, o como una desviación del espíritu de la función administrativa”...La acusación de desviación de poder requiere una investigación sobre la mente del funcionario, sobre las secretas intenciones que lo llevaron a tomar su decisión. Así habrá siempre un doble estudio de motivos: será necesario determinar primero cual es el espíritu de la ley atributivo de sus competencias, cual fue la intención o fin perseguido al otorgar a un funcionario un determinado poder. Y en segundo lugar, habrá necesidad de estudiar cual fue el fin perseguido por el agente al ejercer su poder.”³¹

³⁰ Op.cit. Pág.208.

³¹ YOUNES MORENO, Diego, Derecho Administrativo Laboral, Editorial Temis, Decima Edición actualizada, 2005, Pág. 408.

Es importante resaltar que para llegar a probar la desviación de poder, se tiene que hacer un estudio de la norma desde el punto de vista de los principios rectores de la norma, buscando la finalidad perseguida que se ha otorgado con la competencia al funcionario investido con la facultad de remoción y otro estudio de tipo casi psicológico y de manifestaciones exteriores como pruebas indiciarias, para poder llegar a deducir las intenciones con las que actuó el funcionario, las cuales para el caso del retiro de los funcionarios con cargos de naturaleza gerencial, como se ha venido estudiando deben ser por razones del buen servicio en busca del interés general como consigna principal.

Gustavo Penagos dice sobre la desviación de poder que:

*“tanto la doctrina, como la jurisprudencia reiteran que la desviación de poder es contraria al Estado Social de Derecho que proclama el interés general (artículo 1° de la Constitución). Mal puede invocarse facultad discrecional para infringir el interés colectivo y social, pues toda competencia ha sido atribuida para cumplir los fines sociales del Estado”.*³²

Este punto es fundamental ya que toda actuación en un Estado Social de Derecho, debe estar acorde y sujeta a los principios de la carta política

Tal como lo expresa *Hans Kelsen*, “*el derecho no es, como a veces se cree, una norma. Es un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos en un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una norma aislada” [Subrayado fuera de texto].³³*

El Consejo de Estado sobre desviación de poder señala que:

“La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de

³² PENAGOS, Gustavo, Nulidades y Acciones del Acto Administrativo, Pág.222.

³³ KELSEN, Hans. Teoría del Derecho y del Estado. Traducción de García Maynez, Imprenta Universitaria, México, 1958, pág. 30. Citado por GIRALDO ÁNGEL, Jaime -Metodología y técnica de la investigación jurídica-Ediciones Librería del Profesional, Novena Edición, 2002 Pág 49.

*la administración (artículo 2° de la Constitución Política y artículo 2° del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser.”*³⁴

Es importante que sea el propio Consejo de Estado quien reconozca que este acto administrativo, así goce de la discrecionalidad, no puede apartarse de los postulados constitucionales.

4.1 Ejemplo práctico.

Para entender los conceptos estudiados en el artículo se trae a colación un caso real que en jurisprudencia reciente el Consejo de Estado tuvo bajo su estudio el siguiente caso, que a juicio de la autora de este artículo, resume la problemática que representa probar la desviación de poder en las declaratorias de insubsistencias de los funcionarios de libre nombramiento y remoción.

En sentencia de la sala de lo Contencioso Administrativo sección segunda subsección "A", Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren de Bogotá, del 17 de marzo de 2011, el señor Jesús Álvaro Franco Ferro demandó al Instituto Tecnológico Metropolitano en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y solicitó al Tribunal la nulidad de la Resolución No. 124 de mayo 21 de 1999, que lo declaró insubsistente en el cargo de Decano del Programa de Secretariado Ejecutivo.

Con base en los siguientes hechos:

1. *Manifestó que mediante Resolución No. 021 de marzo de 1996, el ITM, conformó una lista de elegibles como resultado del concurso público de méritos para proveer cargos de docente de tiempo completo de educación superior.*
2. *En vista de los buenos resultados obtenidos en el concurso de méritos y dada su excelente hoja de vida, la entidad demandada decidió ofrecerle al demandante un cargo directivo de libre nombramiento y remoción, que se materializó en la resolución de nombramiento 073 de 12 de agosto de 1996 y del cual se posesionó mediante Acta No. 118 de 21 de 1996.*
3. *El actor prestó sus servicios a cabalidad desde el 21 de agosto de 1996 hasta el 21 de mayo de 1999, fecha en la que de forma ilegal e injusta fue declarado insubsistente por medio del acto demandado.*
4. *Desde el momento de ingreso el rector del ITM, señor José Marduk Sánchez Castañeda, inició una serie de hostigamientos e irregularidades tendientes a entorpecer la gestión del*

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Sentencia del 4 de septiembre de 1997. Exp. N° 10004. Consejero Ponente Dr. Silvio Escudero C, tomada de la cita de Penagos Nulidades y Acciones del Acto Administrativo. Página 223.

demandante, lo cual fue evidente ante todos los estamentos de la Institución hasta llegar a la insubsistencia con la más aberrante desviación de poder; todo por no pertenecer a su partido político (liberal).(...)

5. *Para ser Decano de Programa se exige tener título universitario en área afín al programa, una experiencia como profesor de dos años por lo menos en educación superior y haber ejercido con excelente reputación moral y buen crédito la profesión por el mismo lapso. La formación académica y profesional del demandante es desde todo punto de vista inmejorable y supera las exigencias requeridas para el desempeño del cargo. Manifiesta que toda su experiencia y conocimiento fueron puestos a disposición del ejercicio de ese empleo y su desempeño fue intachable.*

Relata, que en su reemplazo fue nombrada la señora Sonia Lucía Rosero Jiménez, con quien se debe cotejar su hoja de vida para determinar si hubo mejoramiento del servicio. (subrayado fuera de texto).

6. *...Afirma, que la causa de la persecución es de tipo político porque él es de filiación conservadora.*
7. *Aduce que la Resolución No. 124 de 21 de mayo de 1999 no fue suscrita como es lo debido por el Secretario General de la Entidad -conservador- sino por el Asesor Jurídico de la entidad, de la misma corriente del Rector.*
8. *Relata que para que le concedieran un permiso para dictar unas conferencias, fue constreñido a "donar" unos libros.*
9. *Manifiesta que toda la situación de alto stress y tensión emocional a que fue sometido, se reflejó en la terapia psicológica de que fue objeto, tal y como consta en la certificación del 16 de diciembre de 1998, expedida por la psicóloga Marina Hincapié.*
10. *Asevera, que la persecución subsistió luego de la declaratoria de insubsistencia, porque ante un derecho de petición en el que solicitó la expedición de copias auténticas de varios documentos que evidenció su intención de demandar, se movilizó tanto la rectoría como sus más inmediatos colaboradores, para incorporar en su hoja de vida de manera irregular un documento de fecha posterior a su desvinculación, que contenía unas supuestas afirmaciones de estudiantes de la entidad, desconociendo todos los procedimientos y violando el debido proceso. Esta carta que sí bien aparece en su archivo, no fue autenticada por el Secretario General por considerar que había sido incluida de manera irregular.* (Subrayado fuera de texto).
11. *Ante esta irregularidad, la Directora de Control Interno dio aviso al apoderado del actor - que se encontraba fuera de la ciudad- , por lo que decidió acudir ante la Personería Municipal el 11 de junio de 1999, con el fin de que se adelantara una inspección ocular a la oficina de personal del ITM, diligencia que fue practicada el 15 de junio de 1999, que dejó constancia de que la hoja de vida no se estaba foliada y que los números asignados fueron para facilitar la recolección de la información.* (Subrayado fuera de texto).
12. *Ante la manipulación de la hoja de vida el demandante compareció a la Personería a presentar queja, con la cual se ordenó abrir indagación preliminar contra varios funcionarios, entre ellos, el Rector.* (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con el relato de los hechos se corrobora que la regulación de consignar los motivos en la hoja de vida, como hecho posterior a la declaratoria de insubsistencia, no es clara y no está del todo controlada y al contrario constituye

un atentado contra el debido proceso y el derecho de defensa para los funcionarios de libre nombramiento y remoción.

El actor adujo como normas violadas y concepto de la violación las siguientes:

Violación de la ley: entendida como la falta de concordancia del acto frente a lo que prescribe la misma. En el caso concreto, porque el rector desvinculó a un empleado en forma injusta por no atender los criterios propios de la figura de la insubsistencia cuyo fin es mejorar el servicio haciendo prevalecer el interés general sobre el particular, caso que no fue el *sub iudice* porque el señor Franco ferro, era reconocido en todos los estamentos universitarios como un decano competente. (subrayado fuera de texto).

Expedición irregular del acto: las resoluciones expedidas por el rector de ITM, en calidad de representante legal siempre son refrendadas por el Secretario General, como se desprende del Manual de Funciones vigente al 21 de mayo de 1999. La Resolución de insubsistencia fue suscrita por el Rector y por el Secretario General.

Desviación de poder: porque el Rector a pesar de estar dentro de su competencia obra por motivos diferentes a los atribuidos a esa competencia, se extralimitó, obró con motivaciones de tipo político, por razones de enemistad, choques ideológicos, favoritismo, etc. (subrayado fuera de texto).³⁵

Contestación

El Instituto Tecnológico Metropolitano de Medellín por intermedio de apoderado contestó la demanda, negando los hechos aducidos por el actor y afirmando que se había desvinculado al actor en ejercicio de la facultad discrecional.

En sede de primera instancia:

“El Tribunal Administrativo Antioquia Sala Cuarta de decisión, en un ligero análisis, negó las súplicas de la demanda, porque consideró que no se había demostrado la desviación de poder, dado que los declarantes no tenían conocimiento sobre la real causa de la desvinculación del demandante. Que al no encontrarse en

³⁵ COLOMBIA CONCEJO DE ESTADO Sala de lo Contencioso Administrativo sección segunda subsección "a". Sentencia con radicación número: 05001-23-31-000-1999-03163-01(0580-10) del 17 de marzo de dos mil once 2011. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

carrera administrativa podía ser separado por la autoridad nominadora en virtud de su facultad discrecional.”³⁶(Subrayado fuera de texto).

Uno de los medios probatorios del que se tienen que valer los funcionarios retirados afectados, es el de la prueba testimonial de sus ex compañeros de trabajo, pero como es entendible, representa gran dificultad conseguir en primer lugar la colaboración y en segundo la objetividad esperada.

Consejo de Estado

Al efectuar el análisis del caso, el Consejo de Estado inició revisando la naturaleza del Instituto Tecnológico Metropolitano de Medellín; el tipo de vinculación del demandante y realizó el estudio de la causal de desviación de poder y de las demás causales de nulidad alegadas.

*El Instituto Tecnológico Metropolitano (I.T.M.),... es un establecimiento público de Educación Superior, de carácter tecnológico del orden municipal adscrito a la Alcaldía de Medellín, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente (fl. 246).(...)Es decir, dentro de la organización administrativa municipal pertenece al sector descentralizado(...).De otra parte, el gobierno de la Institución está conformado por el Consejo Directivo, el Rector y el Consejo Académico.(...)Dentro de las funciones administrativas del Rector, contempladas en el Acuerdo No. 19 de noviembre 26 de 1993, artículo 25, literal g), expedido por el Consejo Superior se dispuso (...)"Nombrar y remover, de acuerdo con las disposiciones legales, reglamentarias y estatutarias pertinentes, el personal de la institución y aplicar las sanciones disciplinarias que le corresponden por la Ley o Reglamento".(...) Por medio de la Resolución No. 297 de 13 de noviembre de 1998, el Rector del I.T.M. con base en el literal e, del Art. 25 del Estatuto General y el Acuerdo 19 de 1993, expidió el Manual de Funciones del I.T.M. del año 1999, y en su Pág. 66, clasificó el cargo de Decano Programa de Docencia, Unidad de Docencia Industrial/Unidad de Docencia Ciencias Administrativas, código de oficio 00314, **como un empleo de libre nombramiento y remoción**, que tiene como requisitos título universitario afín con el programa, profesor durante dos (2) años por lo menos en educación superior y haber ejercido con excelente reputación moral y buen crédito la profesión por el mismo lapso (fl. 245)(...) De lo expuesto no tiene discusión, que el empleo del señor Jesús Álvaro Franco Ferro, como Decano del Programa Secretariado Ejecutivo de la Unidad de Docencia Ciencias Administrativas de la Escuela de Servicios Académicos, era de libre nombramiento y remoción.(negrilla en texto original).*

36 Op.cit

De los Cargos:

Desviación de poder

En materia burocrática “la discrecionalidad” se ha convertido en sinónimo de libertad hasta llegar en algunos casos al límite de la arbitrariedad, dado que estos actos no tienen por regla general una motivación expresa, lo que de contera no significa que no la tengan. Cuando con fundamento en la facultad discrecional se toman decisiones como en el caso de los cargos de libre nombramiento y remoción, la razón presunta es el buen servicio y en este sentido, debe el demandante -que considera que ello no ha ocurrido-, demostrar en el proceso que el fin perseguido por la Administración difiere diametralmente de la mejora en la prestación de los servicios públicos a su cargo.³⁷

En el sub lite, el cargo enrostrado a pesar de haber desarrollado el mismo concepto en diversas causales de nulidad lo concretó en la alzada, como desviación de poder, sustentado en que no hubo mejoramiento del servicio porque la persona que reemplazo al señor Jesús Álvaro Franco, no tenía la formación profesional y la experiencia de él, que no se tuvo en cuenta la trayectoria del demandante y finalmente, que la decisión del Rector fue política y para tal efecto, generó a su alrededor un clima de animadversión.

*(...)el análisis con el **móvil político**, que en el sentir del actor fue la razón generadora de la insubsistencia y del malestar que se creó en torno a su desarrollo laboral.*

El segundo argumento está referido al desmejoramiento del servicio, que se sustenta en que se reemplazó al actor con una persona que no tenía sus mismas calidades, aunque debe advertirse que el cargo no se soporta en que no reunía las condiciones mínimas, sino en que el reemplazo no era del mismo alto perfil.(Subrayado fuera de texto).

*... Como docente, acredita según la misma hoja de vida, un año de servicio, en el área de humanidades (literatura y artes) en la Universidad Industrial de Santander, **no más**, cuando la norma exigía 2 años cuando más en educación superior; lo que demuestra, que la entidad incumplió su propio reglamento al no exigirle a la señora Sonia Lucía Rosero Jiménez el respeto de los requisitos mínimos contemplados en el Manual de Funciones para ocupar el cargo de Decana del Programa de Docencia, Unidad Administrativa.*

Debía entonces la entidad demandada como mínimo demostrar ante el Juez, que la persona que fue nombrada en reemplazo del señor Jesús Álvaro Franco Ferro, llenaba los requisitos exigidos por la misma institución para ocupar el cargo, habida cuenta que el incumplimiento de su preceptiva evidencia que el acto demandado no persiguió las razones del buen servicio y en cambio si, desbordó el juicio de proporcionalidad que conlleva tal decisión, para hacer prosperar el cargo de desviación de poder, al nombrar como se insiste, a una persona sin el lleno de requisitos, en reemplazo del actor que era un funcionario con un alto perfil profesional, que mezclaba la preparación académica con la experiencia laboral.(Subrayado fuera de texto).

37 Op.cit Sentencia con radicación número: 05001-23-31-000-1999-03163-01(0580-10) del 17 de marzo de dos mil once 2011. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Como se observó se logró dilucidar la desviación de poder, ya que la entidad incumplió su propio reglamento al no exigir a la persona que llegaba a remplazar al funcionario saliente, los requisitos mínimos exigidos para desempeñar el cargo y por ende no igualaba ni mejoraba las calidades del mismo, en conclusión no buscó el mejoramiento del servicio, afectando la prestación eficiente del servicio y el interés general.

Decisión en segunda instancia

El Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, revocó la decisión de primera instancia: En sentencia del 10 de noviembre de 2008, proferida por el Tribunal de Antioquia, Sala cuarta de decisión, falló para que se declarase la nulidad de la Resolución No. 124 de 21 de mayo de 1999 expedida por el Rector del Instituto Tecnológico Metropolitano, que declaró la insubsistencia del doctor Jesús Álvaro Franco Ferro y ordenó ante el fallecimiento del señor Jesús Álvaro Franco Ferro, a la entidad demandada el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones dejadas de devengar desde el momento de su insubsistencia hasta su deceso.

El abuso de la competencia discrecional por parte del funcionario nominador degenera en desviación de poder, manifiesta en acoso laboral, intereses clientelistas, etc.; este desbordamiento de la competencia afecta a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, debido a que se encuentran en clara desventaja frente a la administración, por la dificultad probatoria que representa demostrar la desviación de poder, como se pudo corroborar en el caso estudiado del Consejo de Estado demoró casi nueve años y lamentablemente el señor falleció y no tuvo oportunidad de conocer el fallo a su favor, por ello se considera que la solución justa es que se motive expresamente el acto administrativo, que se indiquen las razones que esgrime y obviamente que las mismas sean ajustadas a la realidad, ya que la regulación de que los motivos queden consignados en la hoja de vida, según la jurisprudencia estudiada no hacen parte de la validez del acto administrativo, por ser un hecho posterior al acto mismo y por ende, la idea de que con esta herramienta se limitara la arbitrariedad, queda en letra muerta y la realidad de los hechos demuestra que en la práctica no es una herramienta de defensa para el ex funcionario, porque la interpretación que se ha dado no ha sido acorde con su concepción teleológica, de límite a la competencia discrecional y al contrario se presta para perpetuar injusticias.

CONCLUSIONES

1. Los cargos de libre nombramiento y remoción de naturaleza gerencial no son ni cargos políticos, ni es esencial el vínculo personal con el nominador, lo que es determinante es su capacidad e idoneidad profesional, que es el principio filosófico que debe inspirar tanto para su escogencia como para su retiro, por la ausencia de estas características y el incumplimiento de los indicadores de gestión de la entidad.
2. La consignación de los motivos en la hoja de vida de las causas del retiro del funcionario, al no hacer parte integrante del acto administrativo, no sirven como mecanismo de defensa.
3. La discrecionalidad en un Estado social de derecho, no es una facultad omnímoda y debe ajustarse a los postulados Constitucionales y adecuarse a la finalidad de la norma que otorga la competencia.
4. Demostrar la desviación de poder representa una gran dificultad probatoria para el funcionario retirado, debido a que la desviación de poder se ha convertido en la regla de actuación de algunos funcionarios que ostentan esta competencia discrecional, presentándose situaciones aberrantes como la del caso objeto de estudio, debido a que existe una desigualdad de armas entre éstos frente a la administración.
5. Para evitar desigualdades y facilidad en determinado momento de controvertir cualquier decisión de la administración, todos los actos administrativos sin excepción, en virtud de la teoría del acto administrativo, deberían ser motivados expresamente. Como se indicó, es un requisito de existencia y a su vez de validez de los mismos como bien lo han expresado los doctrinantes, pero en principio por justicia y equidad social, al menos se deberían motivar los actos de declaratoria de insubsistencia de los funcionarios de libre nombramiento y remoción de naturaleza gerencial.

BIBLIOGRAFÍA

BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique, Manual del Acto Administrativo, Librería Ediciones del Profesional Ltda. Quinta Edición, 2009.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. Decreto 01 de 1984. Código Contencioso Administrativo..

----- Ley 1437 del 18 de enero de 2011. Colombia. CONGRESO. Ley 909 de 2004. Artículo 5, 6 y 49.

COLOMBIA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Bogotá: Legis. 2007.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala Especial Transitoria de Decisión de lo Contencioso Administrativo. M.P. CÁCERES, Tarsicio, M.P. Expediente 03290-02; cifrado en el Recurso Extraordinario de Súplica, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra Bogotá, septiembre 12 de 2005, Radicación número: 11001-06-15-000-199-0285-01(S) Actor: Beatriz Amparo Suárez.

----- Sala de lo Contencioso Administrativo sección segunda subsección "A". Sentencia con radicación número: 05001-23-31-000-1999-03163-01(0580-10) del 17 de marzo de dos mil once 2011. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

----- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Consejero Ponente Dr. ESCUDERO CASTRO Silvio, Sentencia dictada el 4 de marzo de 1999 en el proceso 13.913. Resoluciones Ministeriales. Actora: Sandra María del Pilar Urazán de Correcha Silvio, Salvamento de voto Consejero Ponente Dr. RODRÍGUEZ ARCE, Flavio A.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-734 junio de 2000. Expediente D-2732. Cifrando Sentencia C-195 de 1994. Actos Discrecionales M.P. NARANJO MESA, Vladimiro.

----- Sentencia C-588 de 2009. M.P.MENDOZA MARTELO, Gabriel Eduardo, quien cifra a su vez a: Corte Constitucional, Sentencia C-195 de 1994. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-356 de 1994. M. P. Fabio Morón Díaz.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA.
<http://lema.rae.es/drae/?val=discrecionalidad>. Real Academia Española de la Lengua [consultado el 9 de septiembre de 2012].

GIRALDO ÁNGEL, Jaime -Metodología y técnica de la investigación jurídica- Ediciones Librería del Profesional, Novena Edición, Bogotá. 2002.

GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo. Parte General. Primera edición Medellín, Colombia. Biblioteca Jurídica Dike.1998.

PENAGOS, Gustavo: Acciones de Nulidad del Acto Administrativo Colombia, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2009.

----- Nombramientos e insubsistencias discrecionales, partidistas o arbitrarios, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1998,

RODRÍGUEZ R. Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, Editorial Temis Bogotá. 1985

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo - Acto Administrativo, procedimiento, eficacia y validez. Universidad Externado de Colombia. Cuarta Edición, Bogotá, 2003.

VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. Derecho Administrativo Laboral Tomo I. Séptima Edición, primera reimpresión Bogotá, 2005,

YOUNES MORENO, Diego, Derecho Administrativo Laboral, Editorial Temis Decima Edición actualizada, Bogotá. 2005.