

**LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS ACTOS DE RETIRO DE FUNCIONARIOS
PÚBLICOS**

JAIRO GUAGUA CASTILLO

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO JURÍDICOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
PASTO
2011

**LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS ACTOS DE RETIRO DE FUNCIONARIOS
PÚBLICOS**

JAIRO GUAGUA CASTILLO

Línea jurisprudencial presentada para optar por el título de Especialista en
Derecho Administrativo

Director doctor ROLANDO VICTOR GUERERO TENGANÁN

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO - JURÍDICOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
PASTO
2011

NOTA DE RESPONSABILIDAD

“Las ideas y conclusiones aportadas en la tesis de grado son responsabilidad exclusiva del autor.”

Artículo 1 del Acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966, emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

NOTA DE ACEPTACIÓN

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

San Juan de Pasto, Noviembre de 2011.

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa su agradecimiento:

Al Doctor ROLANDO VICTOR GUERRERO TENGANÁN, quien en calidad de asesor del presente trabajo aportó con sus valiosas recomendaciones.

DEDICATORIA

A mi madre FLORALBA CASTILLO CABEZAS, quien aunque no se encuentra presente desde el cielo me envía sus bendiciones.

A mis hermanos GINA PAOLA, MARIA CRISTINA Y RAMIRO, por su apoyo invaluable a lo largo de mis de estudios.

A mi padre WELLINTONG GUAGUA GUERRERO, por sus consejos y lecciones de vida que me empujan a seguir adelante en mi carrera académica.

A mi hija LAURA GUAGUA y a mi compañera MARIA EMILSEN ANGULO GUEVARA por estar a mi lado en todo momento.

RESUMEN

De acuerdo con la línea jurisprudencial del Consejo de Estado cuando se discute la legalidad de un acto de desvinculación de un empleado cuyo cargo es de libre nombramiento y remoción, existen algunos eventos donde el funcionario tiene una hoja de vida muy sobresaliente en cuyo caso no basta con que la administración invoque la presunción de que el acto de retiro ha sido expedido por razones del mejoramiento del servicio público, sino que además le corresponde a la misma administración explicar y probar las razones que hacen inconveniente la permanencia del funcionario en el cargo dentro del proceso judicial que al efecto se adelanta ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

ABSTRACT

According to the line of case law of the State Council when discussing the legality of an act of dismissal of an employee whose position is appointed and removed there are some events where you have an official very outstanding resume in which not enough with the administration invoked the presumption that the act has been issued for reasons of improved public service but also corresponds to the same administration to explain and prove the reasons why the official retention problem in the office within the judicial process the effect is further to the jurisdiction of administrative litigation.

Palabras Claves: Facultad Discrecional, Voluntad del Gobierno, Razones del servicio, Carga de la Prueba, Funcionario de libre nombramiento y remoción.

Key words: Discretion of the Government Will, Reasons of the service, Burden of Proof, Officer appointment and removal.

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	11
1. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA	12
1.1 Consideraciones generales.	12
2. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA	17
2.1 Nociones preliminares	17
2.2 Actividad discrecional y actividad reglada	19
2.2.1 Actividad Reglada	19
2.2.2 La potestad discrecional	19
3. LIMITES Y CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL	24
3.1 Nociones Generales	24
4. EL CONTROL DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES	27
4.1 La Desviación de Poder	28
5. CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA	31
5.1 Carga dinámica de la prueba en la jurisprudencia del Consejo de Estado	32
6. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL ACTOS DE DESVINCULACIÓN EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN	35
7. CONCLUSIONES	50
BILIOGRAFIA	

GLOSARIO

Discrecionalidad: Es una potestad que le permite a la entidad administrativa de escoger entre varias posibilidades de decisión la más adecuada de acuerdo con el interés general.

Razones del servicio: Es la causa que origina la desvinculación de los funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción y siempre debe corresponder a mejoramiento del servicio público.

Carga de la prueba: Es la distribución probatoria dentro de un proceso judicial que generalmente corresponde a quien realice una afirmación y por excepción a quien está en mejor posición para probar o desvirtuar una afirmación.

Jurisprudencia: Se puede llamar jurisprudencia a una serie de pronunciamientos reiterados en un mismo sentido de las Altas Cortes y que conforman una línea de pensamiento de una Corporación judicial.

Desviación de poder: Es una causal de anulación de los actos administrativos cuando quiera que se compruebe que en su expedición primó el interés particular sobre el interés general.

Tutela judicial efectiva: El principio de tutela judicial efectiva establece que no puede existir acto jurídico que se escape al control de las autoridades judiciales.

Estado de Derecho: El estado de derecho es el gobernado por normas donde gobernantes y gobernados están sometidos al imperio del derecho.

INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo se pretende sintetizar los pronunciamientos de Consejo de Estado entre los años 2000 a 2011, como máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa a fin de establecer una línea de pensamiento de la corporación judicial en lo que tiene que ver con la carga de la prueba en los litigios administrativos que se presentan con ocasión de actos de desvinculación de empleados de libre nombramiento y remoción, cuando quiera que dichos actos sean cuestionados bajo la causal de nulidad de desviación de poder consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Para tal efecto se realizará un breve recuento acerca de la noción jurídica de la discrecionalidad administrativa y sus límites de acuerdo con las disposiciones constitucionales y legales en especial sobre la presunción legal de mejoramiento del servicio que acompaña a los actos de desvinculación de los empleados de libre nombramiento y remoción, la teoría carga dinámica de la prueba como fenómeno jurídico del derecho probatorio que traslada la carga de la prueba a quien se encuentra en mejor posición de probar y finalmente se elaborará la línea jurisprudencial con base en varios pronunciamientos del Consejo de Estado a fin de establecer los fundamentos fácticos concretos en los cuales se viabiliza la aplicación de la teoría en mención.

1. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

1.1 CONSIDERACIONES GENERALES

Los motivos son las causas determinantes de la expedición del acto administrativo y en ese sentido la máxima corporación de lo contencioso administrativo se ha pronunciado, sosteniendo, certeramente, que la administración pública no puede actuar sin senderos orientadores que le permitan, con la claridad del derecho, proferir los actos administrativos. Debe observar el órgano competente las circunstancias de hecho y de derecho que le correspondan al caso, distinguiendo de todas formas las actividades regladas de las discrecionales, por cuanto en aquellas, las mentadas circunstancias están por lo general determinadas de antemano por normas de obligatorio cumplimiento, mientras en estas, la administración goza de un margen de acción para decidir.¹

Existen otros tratadistas que prefieren referirse a este elemento como el de la fundamentación, en razón a que hay que darle al concepto toda la amplitud que tiene en la realidad jurídica, que va más allá de los llamados motivos. El alcance del concepto de fundamentación es amplio y abarca los motivos en un sentido muy amplio; las razones por las que el órgano administrativo tomó cierta decisión y pueden consistir en argumentos de derecho o en hechos.²

Sin embargo en otrora, cierto sector de la doctrina clásica, fundada en razones de aparente libertad de acción en la administración para determinados eventos, le reconoce una libertad absoluta a la administración en los casos denominados como facultades discrecionales que en su conceptualización originaria era

¹ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Acto Administrativo: Procedimiento eficacia y validez. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1994. Pp 77.

² LEAL, Alberto Ramón. La Fundamentación del Acto Administrativo. Revista del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Bogotá 1983. Pp 7.

entendida como el no acatamiento del orden legal: “Allí donde la ley no ha entrado, o sea en casos en que por falta o defecto de normas jurídicas la administración debía disponer lo menester.”³

Frente al ejercicio de las facultades discrecionales la doctrina y la jurisprudencia han expresado sus reservas acerca de la existencia de actos propiamente discrecionales; en su lugar, se refiere a la existencia de un cierto poder discrecional de la Administración, que se aplica en mayor o menor medida a todos sus actos y que consiste en la posibilidad de apreciar la oportunidad y conveniencia para adoptar una decisión⁴.

Este planteamiento considera que la decisión administrativa es la aplicación de valores políticos concretos, aspecto que sirve para diferenciarla de las determinaciones confiadas a los jueces, quienes deciden, como norma general, con base en parámetros predeterminados. La administración, por el contrario, basa sus decisiones discrecionales en criterios extrajurídicos de oportunidad y conveniencia, cuya resultante (la decisión) se aplica en un ámbito pobremente regulado por la ley o sólo parcialmente regulado por ella, que permite un amplio margen de apreciación – deliberadamente previsto por la ley.

En consecuencia, debemos admitir que la potestad discrecional obedece a claras políticas legislativas que otorgan facultad a la administración para realizar juicios de valor, apreciaciones subjetivas, estimaciones, con el fin único de cumplir con el cometido estatal del bien común o interés social que por razón de las circunstancias y de la inmediación es forzoso que la ley se desprenda de su regulación concreta y la atribuya a sus ejecutores, es decir los funcionarios administrativos. La potestad abierta de la discrecionalidad, ha dicho nuestro

³ OELCKERS CAMUS, Oswaldo. La Discrecionalidad Administrativa. Publicado en El Derecho Administrativo en Latino América. Ediciones Rosaristas. Bogotá. 1986 pag 161.

⁴ BELTRAN DE FELIPE, Miguel, Discrecionalidad Administrativa y Constitución, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 21 y ss

Consejo de Estado, se caracteriza precisamente por esa cobertura de actuación o margen de mayor o menor amplitud para la realización de los objetivos trazados: Unas veces será la oportunidad para decidir facultándolo para obrar o abstenerse, según las circunstancias; otras, la norma le dará opción para escoger alternativamente entre varias formas de decisión, en algunas ocasiones la ley fijará únicamente los presupuestos de hecho que autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, dando al órgano potestad para adoptar la decisión conveniente.

Reiteradamente digamos, que la potestad discrecional es de naturaleza normativa o legal, en la medida en que se presenta tan solo en aquellas oportunidades en que la ley o los reglamentos permiten cierto grado de amplitud en la valoración de los hechos que motiven su aplicación por los funcionarios administrativos.

La discrecionalidad administrativa no es sinónimo de arbitrariedad, en su concepción clásica u originaria de por si era arbitraria, al permitirse total libertad a la administración y considerarse por eso mismo incontrolable ante los tribunales contencioso administrativos; el funcionario ejecutor de una potestad de esa naturaleza, se encuentra evidentemente sometido a los extremos en causantes determinados en la Constitución, la ley, y la finalidad específica del bien común que debe buscar toda ley y perseguir toda actuación de la administración pública.

Para Hans Kelsen⁵, la llamada potestad discrecional no podía ser otra cosa que un grado inferior en el desarrollo descendente de la normatividad; las normas inferiores llenan los vacíos existentes en el ordenamiento dentro del marco señalado por la norma superior.

Siendo entonces un fenómeno de libre apreciación, de la administración, la potestad discrecional presupone ya una norma, pues de otro modo sería imposible

⁵ KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. Editorial Nacional. Mexico.1979. pag 317 a 319.

reconocer el carácter jurídico de aquel acto, ni la cualidad de órgano estatal del hombre que lo realiza.

En el derecho colombiano la discrecionalidad tiene plena claridad legislativa. El artículo 36 del Código Contencioso Administrativo exige de la administración al expedir un acto administrativo la plena identificación de la decisión con la norma que le sirva de sustento ya que se establece que la decisión debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Así las cosas, el quid de la discrecionalidad no versa hoy en día sobre su existencia, la cual no se discute, sino hasta dónde es legítimo el ejercicio del control judicial y en qué consistiría dicho control, partiendo del principio, ecuménicamente aceptado, según el cual la discrecionalidad sólo puede ser concebida como legítima en un Estado de Derecho en la medida en que aprecie el interés general en relación con otros intereses múltiples y heterogéneos que aparecen en el ordenamiento jurídico – como por ejemplo la estabilidad de los trabajadores – , con el fin de elaborar, en un marco de justicia y respeto por los derechos fundamentales, la decisión que mejor se aproxime a aquella que pueda ser calificada como la más adecuada.

Como toda actuación del Estado, la función administrativa y más concretamente los actos de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción son sujetos del control judicial, así sean producto del ejercicio de la facultad discrecional, en la medida en que este tipo de decisiones a pesar de no estar predeterminadas, si encuentran en la constitución, la ley y la jurisprudencia precisos límites, que al ser desbordados tornan la decisión en arbitraria y caprichosa, carente de un mínimo contenido de racionalidad que autoriza su anulación bajo la causal de la desviación de poder.

De tal manera que la doctrina y la jurisprudencia no discuten la existencia de las facultades discrecionales, lo que se discute es que para que la administración pueda hacer uso de ella tienen que existir unos motivos ciertos y suficientes que autoricen su utilización. Es decir que hemos pasado de un estado donde los actos discrecionales de la administración no son sujetos del control judicial a otra en la que si es posible cuestionar válidamente las actuaciones de la administración que no estén orientadas a mejoramiento del servicio público y le ocasionen perjuicios a los administrados.

2. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

2.1 NOCIONES PRELIMINARES

Bajo la fórmula política que el constituyente primario adoptó en la Constitución de 1991 (Art. 1 C.N.), Colombia es un Estado de Derecho donde gobernantes y gobernados estamos sometidos al imperio de la ley y donde no pueden existir decisiones que no estén provistas de unos medios para su impugnación. Esto es lo que se ha denominado el principio de tutela judicial efectiva que se constituye en una garantía para los administrados frente a las actuaciones de los órganos del Estado. Por lo tanto no existe acto jurídico en general que no pueda ser objeto de control jurisdiccional por parte de la administración de justicia.

La doctrina más tradicional ha coincidido en afirmar que, siendo el contencioso administrativo un procedimiento de control de la legalidad de los actos de los órganos administrativos, no es acertado someter a este control las decisiones que tomen los funcionarios públicos, que enmarcadas en la Ley, tengan un margen de discrecionalidad que permita a la autoridad decidir entre dos o más alternativas igualmente justas, en miras del interés público, cuando la ley les otorga esta libertad parcial.

Ahora bien, una adecuada tarea de control o fiscalización de la actividad de la Administración Pública por parte del juez contencioso administrativo implica que éste analice cada caso concreto, para determinar si el órgano autor del acto se encuentra realmente frente a un acto dictado en ejercicio de una potestad discrecional típica, es decir, si tiene la libertad de elegir entre dos o más posibilidades igualmente justas y, si además cumple con los elementos reglados del acto- como veremos, todo acto discrecional tiene elementos reglados, si su actuación respeta los principios de razonabilidad, buena fe, y, si el objeto del acto

es adecuado al fin querido, expresa o tácitamente, por la norma que otorga la potestad al funcionario. En último caso, el juez deberá igualmente verificar si el acto está limitado dentro de los principios generales del derecho, que son igualmente fuente del derecho administrativo.

Finalmente debemos señalar que el Código Contencioso Administrativo, no impide al juez contencioso - administrativo, controlar las potestades discrecionales de la Administración Pública, es más, en el artículo 84 de este código se establece la desviación de poder como causal por excelencia a la hora de acudir en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción.

Sin embargo ha sido la jurisprudencia del Consejo de Estado la que ha desarrollado paulatinamente el tema hasta llegar a la plena realización del derecho y su adecuación a los principios consagrados en la Constitución, pues la jurisprudencia no puede quedarse anclada en nociones que respondieron a un momento histórico de la evolución del Derecho Administrativo, que hoy se encuentran superadas.

Las creaciones más originales e innovadoras en el Derecho Administrativo, como el recurso por exceso de poder del Consejo de Estado francés, fueron creaciones jurisprudenciales, que se abrieron camino precisamente ante normas estrechas, que favorecían la arbitrariedad y el abuso de los funcionarios públicos.

Se trata de revisar los avances de la jurisprudencia del Consejo de Estado en un tema tan importante como es el control de las decisiones en ejercicio de facultades discrecionales. El profesor argentino Juan Carlos Cassagne, al abordar el tema del control judicial de los actos discrecionales advierte lo siguiente: *"Y en un verdadero Estado de justicia los jueces no pueden abdicar su potestad para controlar con eficacia el ejercicio de los poderes discrecionales de la Administración ya que la independencia del poder judicial es precisamente la que*

*garantiza que los órganos administrativos no utilicen aquellos poderes en perjuicio de los particulares y de los intereses públicos.*⁶

2.2 ACTIVIDAD DISCRECIONAL Y ACTIVIDAD REGLADA

2.2.1. Actividad reglada.- Las potestades de los órganos estatales están previstas en la ley. Dentro de un Estado de derecho el poder, en términos generales, nace de la norma jurídica y es ésta la que lo limita, por tanto el ejercicio de las potestades estatales debe estar previamente determinado en una disposición legal (Constitución: Art. 121). Sólo las actuaciones cuyo sustento está en el ordenamiento legal, gozan de las garantías que tiene la actividad administrativa del Estado. Cuando esto no se cumple, se abre la posibilidad de impugnar tales actuaciones.

Generalmente, la norma legal establece la competencia, es decir, la medida de la potestad del órgano, el procedimiento que debe seguir para ejercer tal potestad, la forma de este ejercicio e incluso el objeto de su actividad. Cuando el precepto señala "agotadoramente"⁷ - en palabras del profesor García de Enterría – estas condiciones del ejercicio de la potestad administrativa de los órganos del Estado, nos encontramos frente a las potestades o actividades regladas.

En tales circunstancias, podemos decir, que el legislador se ha reservado para sí, la determinación del quién, del cómo y del cuándo, debe realizarse la actuación

⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Sta. Edición actualizada, Edil. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pago 124.

⁷ La Ley puede determinar agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construya un supuesto legal completo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos los términos y consecuencias (por ejemplo: jubilación por edad de los funcionarios, ascenso por antigüedad, liquidación de un tributo, aplicación de una cuota establecida por la Ley a una base fijada sobre un hecho imponible determinado-, etc.);" GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Octava Edición, Editorial Ovitás, Madrid, 1998, pago 444.

del órgano administrativo, sin que este último tenga ninguna libertad para agregar, bajo su criterio, alguna de las condiciones necesarias para su actuación. En definitiva, el órgano administrativo está sujeto invariablemente a la norma legal, sin que esto implique que estemos frente a una actividad automática del funcionario, pues de alguna manera, siempre la aplicación del derecho implica un ejercicio de interpretación.

Un claro ejemplo en nuestra legislación de una potestad reglada de los funcionarios públicos, la encontramos en el Estatuto de la Contratación Pública, en el cual se establece la competencia de un órgano, la forma que debe tener su actuación (resolución), el procedimiento que debe seguir, en qué circunstancias o supuestos fácticos debe ejercer su potestad y el objeto y alcance de la misma.

2.2.2 La potestad discrecional.- Podemos encontrar, sin embargo, frente a casos en que la ley no señala agotadoramente las condiciones del ejercicio de la potestad administrativa, sino que deja en libertad al sujeto del orden jurídico u órgano investido de poder⁸, para completar la condición de su ejercicio. Esta libertad concedida por la norma al funcionario público puede versar sobre la forma de su actuación, sobre la circunstancia o supuestos fácticos ante los cuales debe actuar o sobre el objeto mismo de su actuación.

Es necesario resaltar que siempre el objetivo del ejercicio de la actividad estatal será el interés público o el bien común, pero dentro de este marco general, pueden preverse aspectos ante los cuales el órgano debe decidir en forma subjetiva, las formas, circunstancias o contenidos de su actuación. El órgano debe analizar en que casos es procedente completar el cuadro legal de la potestad otorgada por la ley. Esto no implica que el órgano actúe al margen del

⁸ Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho; Editorial Universitaria de Buenos Aires, Vigésimo octava edición, 1994.

ordenamiento jurídico, pues es la propia norma la que le concede una determinada libertad parcial, para su obrar.

Así mismo cabe agregar, que la ley sólo puede dejar para decisión del Órgano de la Administración alguno o algunos de los elementos o condiciones del ejercicio de la potestad, no todos, pues de lo contrario estaríamos frente a una actuación contraria al principio de reserva legal o de límite positivo de la competencia, consagrado en el Art.121 de la Constitución de nuestro País.⁹

La doctrina enseña que son cuatro los elementos que dentro de ejercicio de una potestad pública, nunca pueden dejar de ser reglados: la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia del órgano administrativo y el fin de la actuación del órgano de la Administración, que como dijimos, siempre debe confluir directa o indirectamente al interés público. Elementos como el objeto y la causa o supuesto de hecho, que determinan la actuación, pueden ser dejados al agente, para que subjetivamente los complete. En definitiva, el funcionario de la Administración tiene la libertad -no arbitrariedad- de decidir cuánto y cuando no debe actuar y si hace, qué medidas debe tomar¹⁰.

Ahora bien, es necesario aclarar que existen casos en los que el legislador no ha querido dar una potestad discrecional a un órgano administrativo, sino que, ha utilizado al momento de dictar una norma, conceptos jurídicos indeterminados, es decir, expresiones que para realizarse requieren de una análisis concreto en el caso examinado, puesto que la realidad no admite una determinación más precisa. Sin embargo, la calificación de la realidad puesta a examen al órgano no permite

⁹ "Art. 121.- Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

¹⁰ GORDILLO, Agustín: "El órgano administrativo tiene elección, en tal caso, sea de la circunstancia ante las cuales dictara el veto, sea del acto que dictará ante una circunstancia"., Tratado de Derecho Administrativo, Segunda Edición, Tomo 1, Ediciones MACHI, Buenos Aires, 1994.

más que una solución.¹¹ Un ejemplo de este tipo de expresiones encontramos en el numeral 2 del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, que al referirse a las causales de revocatoria de los actos administrativos señala que, los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, cuando no estén conformes con el *interés público* o social o atenten contra él. Cuando el legislador dice interés público, no está dejando en libertad al órgano para que con una calificación subjetiva adopte una decisión de entre varias opciones posibles y legítimas, pues en este caso, no puede haber más de un interés público o social que el del Estado mismo. Otra cosa sería, que se permita al funcionario establecer cuales son los fines de la administración. Es este último caso sí, estamos frente a la potestad discrecional típica.

García de Enterría explica de la siguiente manera:

"La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites con la intención de agotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional".¹²

¹¹ GARCA DE ENTERRIA Eduardo, Op. al. pags. 448 Y ss.

¹² Op. Cit. pag 450.

Otros autores como el profesor argentino Juan Carlos Cassagne, ha recogido también la noción de los conceptos jurídicos indeterminados, refiriéndose a ellos como un mecanismo de limitación de la discrecionalidad, advirtiendo sin embargo, que es un tema que se presta a muchas confusiones. En forma expresa, Cassagne cita como ejemplo de un concepto jurídico indeterminado, el de "la oferta más conveniente".

De otra parte, la calificación de la naturaleza reglada o discrecional debe resultar del análisis de las normas que otorgan en sí mismas una potestad, en tanto que esta norma se refiere de manera general, a ciertas materias que deberían considerarse como típicamente discrecionales, sin que, a nuestro criterio, permitan en forma terminante determinar o no tal calidad, pues insistimos, no es la materia sobre las que versen ciertos actos la que determina su naturaleza, sino sus características, sin que sea necesario que la ley advierta expresamente cuando nos hallamos frente a un acto originado en una potestad discrecional o reglada.

3. LÍMITES Y CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

3.1. Nociones Generales.- Como parte integrante del concepto de estado de derecho, está el del control del poder. Toda sociedad ha establecido alguna forma de control de la actuación de los órganos que ejercen el poder y aunque formalmente no se lo haga, la propia sociedad desarrolla casi naturalmente algún mecanismo de control de sus gobernantes. El control es por tanto, la fiscalización de la actividad de los gobernantes, entendiéndose por tales, a cualquier órgano que ejerza potestades de decisión o mando.

La doctrina ha sido unánime en clasificar al control en político, judicial y social. El primero de ellos de carácter subjetivo, pues fiscaliza la oportunidad y legitimidad de las actuaciones de los gobernantes, más que la legalidad de sus actos. Este control está en manos de la función legislativa, sea congreso o parlamento en el orden nacional y en las asambleas departamentales y concejos municipales en el orden territorial. El control judicial, que es un control de la legalidad de las actuaciones de los órganos de poder y que está a cargo de la rama judicial o de una corte especializada, vinculada a la propia Administración, como ocurre en Francia con el Consejo de Estado. Este control es objetivo, pues se limita a contrarrestar la norma jurídica con la actuación del funcionario, dejando de lado cualquier elemento subjetivo; y, finalmente, el control social que se ejerce a través de los medios de comunicación, o de mecanismos institucionales como la consulta popular y la revocatoria del mandato, prevista en nuestra Constitución en el Art. 103 juntos con otros mecanismos como el cabildo abierto. Así mismo las veedurías ciudadanas establecidas en la ley 850 de 2003.

Adicionalmente se habla otra forma de control, denominada control administrativo financiero, que está a cargo de las denominadas entidades de fiscalización superior como las contralorías.

El control garantiza el equilibrio de poderes y evita la arbitrariedad y el abuso al que pueden llegar los funcionarios investidos de poder.

Es necesario aclarar que los términos limitaciones y control no son sinónimos. Cuando más clara se hace esta diferencia es cuando abordamos la naturaleza del control judicial. El juez no establece "formalmente" límites, sino que actúa contrastando la actuación con la norma, esta sí, límite del ejercicio estatal.¹³

La doctrina administrativa más actual busca establecer mayores mecanismos de control de las actuaciones públicas, limitando cualquier tipo de sustracción a dicho control. Esta evolución ha sido permanente en el Derecho Administrativo, así en Francia, país en donde nació el proceso contencioso administrativo, el recurso por exceso de poder, fue extendiéndose de ser un recurso excepcional que controlaba la competencia de los órganos para dictar sus actos, a ser hoy en día recurso ordinario de amplia accesibilidad, que abarca incluso algunos aspectos que tradicionalmente estaban fuera del ámbito de control del Consejo de Estado, reduciendo de esta manera las actuaciones que no podían ser objeto del control judicial.

Es importante destacar que un control oportuno e integral de la Administración pública, no ha reducido la capacidad de gestión de los funcionarios, ni ha evitado que estos cumplan con sus funciones. Antes bien, se ha podido notar paulatinamente, que las resoluciones son mejores motivadas y existe mayor prolijidad en sus textos. Aunque el cambio no es inmediato, poco a poco se observa mayor cuidado y apego a la norma legal, por parte de los funcionarios públicos, para que sus actuaciones se ciñan más a los principios que rigen la actividad estatal y se cumplan con las garantías constitucionales de las personas.

¹³ ARAGON, Manuel, Constitución y Control del Poder, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pag 84.

Esta evolución del derecho Administrativo, se refleja por ejemplo en la Exposición de Motivos de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España de 1998, que justifica la ampliación de la cobertura de las potestades de control, en los siguientes términos:

"El segundo término, es evidente que a la altura de nuestro tiempo histórico el ámbito material de la jurisdicción quedaría muy incompleto si aquella se limitara a enjuiciar las pretensiones que se deduzcan en relación con las disposiciones de rango inferior a la Ley y con los actos y contratos administrativos en sentido estricto. Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción Contencioso - Administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal corresponde."

Actualmente muchas legislaciones han optado por dar mayores libertades de actuación a los órganos de la Administración para que cumplan sus funciones y fines y de esta manera legitimen con resultados concretos, la existencia misma del Estado. Pero paralelamente a este alejamiento de una legislación reglamentaria y formalista, existe una tendencia a otorgar mayores garantías a los administrados y establecer mecanismos de control efectivo del ejercicio de las funciones públicas.

4. CONTROL DE LAS POTESTADES DISCRECIONALES

En Colombia de acuerdo con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo inciso 3, se señala que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley, tampoco las decisiones de las salas jurisdiccionales del Consejo Superior o Seccionales de la judicatura, lo que indica que son escasos los actos que se encuentran por fuera del control judicial.

La doctrina más tradicional coincidió en afirmar que los actos provenientes de las facultades discrecionales no debían ser objeto de control de legalidad por parte de la jurisdicción contencioso - administrativa. Pero esta posición, ampliamente criticada, entró en crisis, llegándose en la actualidad a afirmar que, considerar que un acto de la Administración sea irreversible, es un planteamiento absurdo. De un lado, como antes señalamos, ningún acto es completamente discrecional o completamente reglado, ya que todo acto por más reglado que sea, tiene un margen de discrecional, pues los funcionarios no son máquinas. El funcionario debe cotejar una norma y un hecho y actuar de conformidad con la regla impuesta. Siempre existe un ejercicio de interpretación y de calificación fáctica cuando el órgano de la Administración Pública aplica un precepto legal.

Por otro lado, la jurisprudencia más autorizada ha establecido una serie de mecanismos para evadir los escudos que ponía la Administración a sus actuaciones. Estos mecanismos se basan en conceptos y principios del Derecho Administrativo que han ido consolidándose para constituirse en mecanismos de control de la discrecionalidad y que han servido al juez contencioso administrativo para conocer y juzgar la legitimidad de los actos administrativos.

Uno de estos límites lo constituye la desviación de poder como causal de anulación de los actos administrativos consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y que para efectos del presente trabajo entramos a analizar de manera muy breve.

4.1. La desviación de poder.-

García de Enterría, señala en su obra, que la desviación de poder es un vicio de estricta legalidad. Con esto se deja sentado en primer lugar, que la calificación de este vicio se basa en la constatación de que toda actuación administrativa está, por mandato legal, encaminada a un determinado fin, que en su más amplia extensión, debe confluir en la consecución del bien común, conforme lo ordena el mandato constitucional contenido en el Art. 121, de nuestra Carta Fundamental.

Debemos agregar además, que el fin del acto no siempre está señalado en forma expresa, sino que puede ser determinado mediante la contextualización de la norma, las funciones generales del órgano, etc., es decir, puede estar expresado tácitamente, sin que ello implique que no lo esté.:

Cuando la actividad de la Administración Pública se aparta de los fines establecidos expresa o tácitamente, nos hallamos frente al vicio de desviación de poder.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa española del año 1956, traía un concepto de desviación de poder, en los siguientes términos:

"Constituye desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico".

En definitiva, el desvío de poder se presenta cuando existe divergencia entre lo querido por la norma como finalidad de la potestad administrativa y el fin buscado

por el órgano que dictó el acto. Este vicio produce la nulidad del acto administrativo.

Ejemplos de este vicio los encontramos cuando un órgano establece multas contra funcionarios para recaudar fondos para la entidad, o cuando las sanciones a un funcionario se producen por venganzas personales etc. De lo que se concluye, contrariamente a lo que han señalado otros autores como Agustín Gordillo, que no importa el elemento subjetivo que motivó el acto (venganza, beneficio personal, retaliación, proselitismo político, etc.) sino que basta que el fin real no sea adecuado al fin deseado por la norma, para que se produzca el vicio.

Este planteamiento, permite que la prueba - que de por sí resulta complicada en este tipo de casos- puede ser analizada más objetivamente, exonerando al afectado de la obligación de probar la intención del funcionario que ha actuado buscando un fin distinto al previsto en la norma.

Los actos discrecionales que se aparten del fin buscado por la norma, son objeto de control judicial.

En este estado de la discusión se entrará a establecer la existencia de una línea de pensamiento del Consejo de Estado frente a la aplicabilidad de la teoría de la carga dinámica de la prueba en los procesos judiciales donde se cuestiona la legalidad de actos administrativos que han ordenado el retiro de funcionarios de libre nombramiento y remoción, lo mismo que los fundamentos fácticos y las situaciones concretas en las que es procedente la aplicabilidad de la mentada teoría.

Lo anterior por cuanto la posibilidad de éxito a la hora de acudir en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos de desvinculación de servidores públicos de libre nombramiento y remoción hasta hace muy poco,

había estado atada a que el demandante pueda entrar a probar que con el acto acusado no se buscaba el mejoramiento del servicio sino que los motivos del acto fueron contrarios a ese fin constitucional y legal, sin embargo el Consejo de Estado ha dicho que en algunos casos, es a la administración a quien le corresponde probar dentro del proceso judicial que su acto estaba dirigido al mejoramiento del servicio por estar en mejor posición para hacerlo.

Para tal efecto haremos unas breves menciones sobre el desarrollo de la teoría de la carga dinámica de la prueba y continuaremos con el análisis jurisprudencial de las sentencias que ha proferido el Consejo de Estado al respecto. Finalmente plasmaremos las conclusiones del presente trabajo.

5. CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA

En materia probatoria los procedimientos ante la jurisdicción contencioso administrativa están regulados en el artículo 168 del Código de la materia, el cual establece una remisión clara al los medios de prueba establecidos en el Código de Procedimiento Civil en cuanto resulten compatibles.

En punto de la carga de la prueba, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Es decir que cuando se afirma que un acto administrativo que ordena el retiro de un funcionario público de libre nombramiento y remoción no ha sido expedido por razones de mejoramiento del servicio, en principio la carga de probar esa afirmación le corresponde al demandante.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado han apoyado la teoría de la carga probatoria dinámica, que implica que la carga de probar determinado hecho recaerá sobre quien está en mejores condiciones para hacerlo, encontrándose la contraparte en una imposibilidad o extrema dificultad de acompañar dicho material probatorio. Se valoran las posiciones de ambas partes, tanto de quien alegó el hecho como también de la contraria. El primero debe encontrarse en una imposibilidad o dificultad para demostrar su afirmación y la contraparte, hallarse en una posición de gran facilidad para derribar el hecho descrito por aquel. La carga probatoria dinámica supone entonces que el *onus probandi* se encuentra sobre aquel que está en mejor posición para probar determinados hechos que dificultosamente pueden ser demostrados por quien los alegó.

5.1 CARGA PROBATORIA DINÁMICA EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.

Sobre las cargas dinámicas probatoria se ha dicho por parte del Consejo de Estado en sentencia del siete de julio de 2007 Expediente 28106 M. P. Ruth Stella Correa Palacio:

“Así las cosas, se concluye que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial será, por regla general, carga de la parte demandante, a menos que aquélla dadas las circunstancias científicas y técnicas comprometidas, resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible y dicha carga se torne, entonces, excesiva y, en cambio, la otra parte tenga la facilidad de probar el hecho. Sólo en este evento y de manera muy excepcional, será procedente la inversión del deber probatorio, previa la inaplicación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil -que obligaría a la parte actora a probar el incumplimiento por el demandado de su deber de prestar debidamente el servicio mencionado-...”¹⁴

Ahora bien, en cuanto se refiere al estatismo en la comprensión del contenido y alcance de las cargas probatorias y a quien incumben, es pertinente señalar que, en mi opinión, dicha situación debe ser reformulada en tanto que es posible que dicha rigidez conceptual conduzca, en ciertas ocasiones, a situaciones injustas, máxime si se tiene en cuenta la situación socio económica de un país como Colombia, en el cual el acceso a determinados instrumentos de

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 15.201, M.P. Alier E. Hernández Enríquez. En idénticos términos, ver sentencia de 30 de noviembre de 2006, exp. 25.063, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

convicción (mecanismos probatorios, como por ejemplo los científicos) resulta bastante complejo.¹⁵

Por consiguiente, no se trata de establecer fórmulas predeterminadas en asuntos de responsabilidad médica, sino de que el juez, en aplicación de criterios -principios- de ponderación y proporcionalidad, determine en cada caso individualmente considerado, y con base en los supuestos sometidos a su consideración, cuál debe ser la distribución probatoria, en términos dinámicos, que debe regular el trámite procesal específico, como quiera que es posible que una de las partes integrantes de la relación, en condiciones cognitivas se encuentre en un evento que lo sitúe en una mejor posición a efectos de poder acreditar determinado hecho o conducta relevante.

En esas condiciones, postulados constitucionales como el de igualdad material ante la ley (art. 13 C.P.), solidaridad y la equidad, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia¹⁶ y doctrina¹⁷ nacional sobre la materia, podrían servir de fundamento a la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

¹⁵ “El recurso al dinamismo de las cargas exige un mayor esfuerzo del juzgador quien deberá establecer, en cada caso –y en cada uno de los hechos que fundamentan las pretensiones del actor– primero, si efectivamente en él se encuentran comprometidos asuntos científicos o técnicos, que fue la razón que condujo al Consejo a desatender la regla legal de las cargas probatorias; establecido lo anterior, corresponde al juzgador examinar cuál de las partes se encuentra en una situación probatoria más favorable... La consecuencia del nuevo planteamiento jurisprudencial es “que habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva.” HERNÁNDEZ Enríquez, Alier y FRANCO, Catalina “Responsabilidad Extracontractual del Estado”, Ed, Nueva Jurídica, Bogotá, 2007, Pág. 632.

¹⁶ Sobre el particular, es posible consultar las siguientes sentencias, todas ellas proferidas el 22 de abril de 2004, por la Sección Tercera del Consejo de Estado en los expedientes: 14212, 15196 y 14080.

¹⁷ “(...) [S]in embargo, excepcionalmente, cuando la aplicación estricta de esta disposición procesal [se hace referencia al artículo 177 del C.P.C.] resulta incompatible con el principio de equidad que emerge del texto constitucional, es posible que el juez –haciendo prevalecer, en el caso concreto, la Constitución sobre la ley–, prescinda de la aplicación de ésta para darle paso a la operancia de aquélla, en acatamiento del precepto contenido en el artículo 4º de la propia Norma Superior. Este sería el basamento jurídico que, en nuestro derecho, permitiría acudir, de manera excepcional claro está, al denominado principio de las cargas dinámicas de la prueba.” HERNÁNDEZ Enríquez, Alier y FRANCO, Catalina Ob. Cit., Pág. 632.

Esta teoría ha venido siendo utilizada por el Consejo de Estado en el tema de la responsabilidad del Estado por falla en la prestación del servicio médico, pero desde el año 2000 ha venido extendiéndose a los asuntos donde se debate la legalidad de actos de retiro de funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción ya que se presentan las mismas circunstancias que en el referido, esto es, la dificultad en la que se encuentra el demandante para demostrar que el acto no se produjo con base en motivos de mejoramiento del servicio, frente a lo cual se ha decidido invertir la carga de la prueba en quien se encuentra en mejor posición para hacerlo. Tema que es lo que se quiere acreditar con el presente trabajo.

6. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL CARGA DE LA PRUEBA ACTOS DE DESVINCULACIÓN EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN.

Para iniciar, tal vez el caso donde se expone de manera más clara y contundente la teoría que venimos pregonando tuvo ocasión en la sentencia del 18 de mayo del 2000 del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B Consejero Ponente Dr. ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO. Los hechos que provocaron el pronunciamiento de este alto tribunal tienen que ver con un acto de desvinculación de una funcionaria del Instituto de Seguros Sociales que llevaba aproximadamente 30 años en la entidad a quien se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Universitario grado 30, 8 horas, registro No. 8610, Departamento Nacional de Compras.

El asunto fue debatido en primera instancia en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y se absolvió al Instituto de Seguros Sociales por considerar que no se acreditó la supuesta desviación de poder aludida por la demandante en el libelo introductor, al considerar que el buen desempeño de un servidor público en el ejercicio de sus funciones no le da vocación de permanencia de manera indefinida en el cargo que ostenta y que en cualquier momento el nominador puede hacer uso de la facultad discrecional para retirarlo del servicio por idóneo que este sea.

Frente a la posición asumida por el tribunal de instancia el Consejo de Estado revocó la decisión del aquo y en sustento manifestó:

“Examinada la situación planteada desde la perspectiva de los principios y derechos fundamentales antes citados, el acto por el cual se declaró insubsistente el nombramiento de DORIS ISABEL CEBALLOS MENDOZA, desborda cualquier límite de razonabilidad en el ejercicio de la supuesta facultad discrecional, pues no

resulta aceptable que una servidora con una hoja de vida que registra una experiencia de 27 años, con la preparación académica ya indicada y comprobada, que desempeñaba unas funciones que dada su naturaleza, demandaban conocimientos especializados, la catalogaban como una funcionaria altamente calificada. En esos términos el acto de remoción sin la más mínima justificación resulta desproporcionado al ejercicio de la facultad discrecional.

No pasa la Sala por inadvertido que en numerosos (sic) los pronunciamientos se viene sosteniendo que el acto por el cual el nominador retira del servicio a un funcionario de libre nombramiento y remoción, se supone expedido en aras del buen servicio público, y que quien afirme que en su expedición concurrieron razones distintas, está obligado a incorporar la prueba que así lo demuestre, apreciación que tiene asidero en disposiciones tales como que toda decisión judicial debe estar fundada en la prueba regular y oportunamente allegada al proceso y que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen como lo prevén los artículos 174 y 177 del C.P.C.

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. Estas circunstancias por sí solas demuestran que la expedición del acto de insubsistencia sin ninguna justificación, desconoce la previsión del artículo 36 del C.C.A., antes anotada.

*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.***” (Negrilla, cursiva y subrayado nuestras).

Con la decisión adoptada por el Consejo de Estado en la providencia que antecede, se expresa con suficiente claridad la referencia a la teoría de la carga dinámica de la prueba. De lo expuesto en líneas anteriores se puede colegir con certeza que la mencionada teoría es la institución jurídica que le sirve de fundamento a la providencia revisada.

En este mismo sentido en otra providencia el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B, en sentencia del 22 de junio del 2000 Magistrado Ponente Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA Expediente 2468/99, resolvió un litigio promovido por un Director de una cárcel a quien le fue declarado el cargo insubsistente sin que se fundamentara en razones del buen servicio.

En esta sentencia el Consejo de Estado, luego de recordar los efectos de la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos, recordó también que dicha presunción es de carácter legal y que por lo tanto admite prueba en contrario y en ese entendido la presunción de que el acto fue expedido en razones

del buen servicio público es susceptible de ser controvertida a través de los medios legales. Al respecto manifestó:

*“Estas dos premisas: idoneidad del trabajador, experiencia para el desempeño en el cargo adquirida por más de 16 años y con conocimientos específicos para el cargo, hacen presumir que estaba plenamente capacitado para prestar un buen servicio; **por ende, debía la administración demostrar las razones por las cuales prescindió de una persona idónea, pues discrecionalidad no significa arbitrariedad.** (Negrilla, cursiva y subrayado nuestras).*

La desviación de poder, como lo ha dicho la Sala, es un cargo de naturaleza eminentemente subjetiva¹⁸ y pertenece al fuero interno del nominador; por tanto, para desentrañar su voluntad sería necesario involucrarse en la mente de éste para establecer cuáles son los fines o propósitos buscados con la decisión; por ello, es menester utilizar cuidadosamente la prueba indiciaria.

No resulta razonable, como en este caso, que una persona con una excelente hoja de vida, buen funcionario, con experiencia en la institución y en el cargo digna de resaltar, de la noche a la mañana pase a ser un funcionario inconveniente para la administración. Tampoco se puede presumir; ligeramente, que su retiro se produjo en aras del mejoramiento del servicio.

El nominador, goza de un margen discrecional razonable en la escogencia frente a los empleados de libre nombramiento y remoción, pero esto 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, en este supuesto las razones deben ser objetivas, sólidas y explícitas.

¹⁸ Ver entre otras sentencia de septiembre 2 de 1999, expediente No. 699-99, actor ALINA PRIETO Y OTROS, Consejero Ponente Dr. CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA.

Lo anterior, cobra mayor fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades,¹⁹ porque al examinar los hechos a través de los diferentes medios probatorios, que dan cuenta de las calidades del demandante, es evidente que queda sin piso la decisión del nominador.”

Otra decisión importante por parte del Consejo de Estado tuvo que ver en esta ocasión con la desvinculación de un detective del DAS.

Se trata de la sentencia del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B del 25 de enero de 2001 Magistrado Ponente Dr. JESUS MARIA LEMUS BUSTAMANTE Expediente 1407-00. En esta providencia se realizó un estudio acerca de la carrera administrativa especial de los detectives del DAS consagrada en los decretos leyes 2146 y 2147 de 1989, la cual a pesar de pertenecer a un régimen de carrera puede hacerse uso de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los mencionados cargos haciendo uso de la facultad discrecional en atención a la naturaleza de la función que dichos servidores realizan al interior del DAS.

El Consejo de Estado para acceder a las pretensiones formuladas en la demanda trajo a colación varias sentencias de la misma corporación en donde se ha respaldado la tesis de que la existencia de una hoja de vida ejemplar con felicitaciones y destacados reconocimientos es prueba suficiente para demostrar que el acto se expidió con desviación de poder cuando la administración no explica con razones válidas y suficientes la inconveniencia, que para el servicio público representa, la permanencia de determinado funcionario.

Se esbozo por parte del Consejo de Estado lo siguiente:

¹⁹ Aceptado por ésta Corporación, en reiterada jurisprudencia, ver entre, otros sentencia de la Sección Segunda de marzo 18 de 1.999; EXPEDIENTE No. 17.080; ACTOR: MARICETH PATERNINA HERNÁNDEZ.

“En este orden de ideas no encuentra la Sala ni el menor indicio del que se pueda deducir que la permanencia del actor era inconveniente para la Institución y en el curso del proceso la entidad pública demandada no se preocupó por justificar la expedición del acto de insubsistencia, es decir, no indicó al Juez Contencioso Administrativo en qué consistieron las razones de la inconveniencia. (Negrilla, cursiva y subrayado nuestras).

En otros términos, en sede judicial, la parte demandante con la prueba documental que reposa en la hoja de vida demostró que el actor era un excelente servidor, que se hallaba inscrito en el escalafón de carrera administrativa del DAS y el demandado, por su parte, no adelantó ninguna actividad, como ya se anotó, tendiente a demostrar en qué consistió la inconveniencia que justificara el ejercicio excepcional de la facultad discrecional. Para la Sala es evidente que en esta oportunidad no existieron las razones de la inconveniencia, como ha quedado expuesto.”

Siguiendo con la misma línea jurisprudencial que ha establecido el Alto Tribunal en lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 27 de marzo de 2003, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B, Magistrado Ponente Dr. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE Exp. 2366-02, a la hora de decidir sobre la nulidad y restablecimiento del derecho de un acto de desvinculación definitivo de un Suboficial adscrito a la Policía Nacional, manifestó que como en anteriores ocasiones lo había hecho, este tipo de actos por ser discrecionales no requieren motivación en el texto del acto pero que los motivos si debían existir y que se presume que este tipo de actos son expedidos por razones del buen servicio.

También se volvió a reiterar por parte del Consejo de Estado la importancia que revisten los antecedentes plasmados en la hoja de vida del actor para determinar si se hizo buen uso de la facultad discrecional de acuerdo con el artículo 36 del

Código Contencioso Administrativo, es decir adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Se dijo esta vez lo siguiente:

“De acuerdo con lo indicado, la hoja de vida cumple un papel de importancia especial en la valoración que corresponde efectuar al juez de lo contencioso administrativo en materia del ejercicio de las facultades discrecionales por la Administración. Dado que resulta difícil desentrañar los aspectos subjetivos de una determinación gobernada por tales facultades, por tratarse de elementos que se encuentran en la mente del funcionario que toma la determinación de que se trate, los móviles que conducen a ella deben poder ser apreciados a través de elementos objetivos como los que se consignan en la hoja de vida. Así las cosas, este medio de que goza la Administración para apreciar la conducta del funcionario, también presta utilidad al momento de fijar en el caso concreto un parámetro que permita aplicar en forma cabal los alcances relativos al hecho de que una decisión discrecional “debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”, según lo dispone el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

Como la “adecuación” a los fines y la “proporcionalidad” a los hechos que sirven de causa a una decisión discrecional no pueden ser apreciados en abstracto, la medida de ello la brinda, entre otros elementos, la hoja de vida o registro de las actuaciones del servidor público. En tal sentido, no resulta adecuado a los fines del ejercicio de la facultad discrecional ni proporcional a los hechos que le sirven de causa, la desvinculación de quien pocos días antes de su retiro fue calificado como modelo de virtudes policiales. La adecuación supone un juicio de correspondencia, que evidentemente no se da en una circunstancia como la descrita, en el que el ejercicio de las facultades aludidas no parece tener lugar en una visión que pretenda satisfacer de mejor modo el servicio público. Tampoco

puede predicarse de ella que sea una medida proporcional a los hechos que le sirven de causa. La proporcionalidad implica una conformidad de la parte con el todo o de unas partes entre sí, esto es, un juicio de relación acerca de la magnitud, en este caso, de la medida por adoptar. Como la Sala rechazará el ejercicio de la facultad discrecional por falta de adecuación con los fines de la norma que la autoriza, la mejora del servicio, con mayor razón deberá desestimar la afirmación acerca de que se hizo una aplicación proporcionada a los hechos que le sirven de causa, en un caso como el presente en el que in limine la Sala considera inadecuado el retiro del funcionario atendiendo los fines de la norma que la sustentó.

*En este mismo sentido, la Sala se permite citar las siguientes referencias doctrinales de acuerdo con las cuales el examen judicial de las facultades discrecionales reclama, entre otros aspectos, la congruencia y coherencia de la Administración al momento de tomar la decisión, de manera que si la misma resulta completamente ajena a la realidad o a pronunciamientos que la misma haya hecho con respecto a dicha situación en otros momentos, esto es, en últimas **inadecuada** a los fines de la norma que la autoriza, se rompe con la razonabilidad que debe acompañar el ejercicio de las mentadas facultades de discrecionalidad :*

“(...) arbitrario, y por tanto constitucionalmente prohibido es todo aquello que es o se presenta como carente de fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión(...)”²⁰

Más adelante puntualizó,

²⁰ RAMON FERNANDEZ Tomás, citado por DE BELTRAN FELIPE, Miguel en Discrecionalidad Administrativa y Constitución, Tecnos, Madrid, página 84

*“La conclusión a extraer es pues que el tribunal no se sitúa en lugar de la Administración y decide lo que es razonable sino que comprueba si la decisión es o no la que razonablemente cabe exigir de un buen y **coherente** administrador” (Destacado fuera de texto)*

Así las cosas, parece claro, además de razonable, que se demande a la Administración que en el ejercicio de facultades discrecionales no se lleve de calle principios elementales de congruencia y coherencia, no sólo con la realidad sino con las propias decisiones previas de la institución, y que, además, el ejercicio de la discrecionalidad responda a una evaluación juiciosa de los elementos de moralidad, disciplina y eficacia a los que se hizo alusión.

En criterio de la Sala, en el presente caso se rompió la congruencia entre los elementos de moralidad, disciplina y eficacia y la situación fáctica contenida en la hoja de vida del demandante, incluido el reconocimiento efectuado por el Director General de la Policía días antes de su desvinculación y por ello se accederá a las pretensiones del recurrente ordenando su reinstalación. “

A nuestro juicio lo que el Consejo de Estado nos quiere dejar en claro con esta línea de pensamiento es que la discrecionalidad administrativa tiene fundamentos constitucionales y legales pero que como toda decisión tiene que contar con un grado de racionalidad y proporcionalidad que caracteriza a los humanos y que constituyen al mismo tiempo límites al poder del Estado.

En la misma orientación, en desarrollo de jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B, en sentencia del ocho (08) de mayo de 2003 Magistrado Ponente Dr. ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO, se volvió a ratificar la tesis que hemos venido pregonando en el sentido de que cuando una decisión administrativa que ordena el retiro de personal es cuestionada judicialmente por desviación de poder la

administración dentro del debate judicial debe desplegar un margen considerable de actividad probatoria a fin de justificar su decisión en hechos reales y objetivos que fundamenten el ejercicio de la facultad discrecional.

La tesis vertida en el fallo referido fue la siguiente:

“En la práctica venía sucediendo que cuando de actos de retiro discrecional por voluntad del Director General se trataba, el nominador se limitaba a referir al juez la presunción de legalidad, sin desplegar ninguna actividad probatoria tendiente a justificar su decisión lo cual conducía a situaciones de inequidad.

*En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, **dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos**, y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida. (Negrilla y cursivas nuestras).*

*De manera que para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos de retiro en ejercicio de la facultad discrecional excepcional para la **POLICIA NACIONAL**, la hoja de vida a través de la cual se acredite la eficiencia en la prestación del servicio del actor con inmediatez al retiro, es un elemento que no permite la vigencia de decisiones secretas u ocultas amparadas en la trajinada frase invocada en la contestación de las demandas que pregona insistentemente por la presunción de legalidad del acto y que éste se expidió para mejorar el servicio, casi convertida en un escollo insuperable que muchas veces legitima decisiones injustificadas.*

En consecuencia, si la administración en la hoja de vida del actor efectuó anotaciones que se oponen a la adopción de la medida, le corresponde justificar su decisión en otras situaciones, pues exigirle al actor que además de acreditar su buen rendimiento demuestre que la intención del nominador no fue dirigida a satisfacer el servicio es una tarea en extremo dificultosa.”

Y más adelante se dijo:

...(...).

“Con estos antecedentes, resulta contradictorio que la administración haya expedido el acto de retiro, porque la justificación de la decisión – mejoramiento del servicio – no responde a los antecedentes del acto. Ninguna tarea desplegó la administración para defender la presunción de legalidad de su decisión, limitándose en la contestación de la demanda a invocarla con la finalidad de trasladar al demandante toda la carga probatoria en orden a desvirtuarla.”

Con esta sentencia el Consejo de Estado ratifica la posición adoptada en varios pronunciamientos, lo que consolida aún más el planteamiento que se ha venido presentando en el presente trabajo.

Luego en sentencia del tres (03) de agosto de 2006 el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B Magistrado Ponente Dr. ALEGANDRO ORDOÑEZ MALDONADO se analizó un caso donde se produjo el retiro de un funcionario de la Policía Nacional en uso de la facultad discrecional establecida en el artículo 7 del decreto 574 de 1995 y el artículo 36 del C.C.A., sin que existiera anotaciones desfavorables en la hoja de vida de agente.

Se consideró por el Tribunal de instancia que dentro del plenario no obraba prueba de que el acto se hubiese producido por razones diferentes a la del buen servicio por lo que la citada presunción no había sido desvirtuada por el demandante al mismo tiempo que la existencia de felicitaciones en la hoja de vida del funcionario por si sola no limitaba el ejercicio de la facultad discrecional ya que es obligación de todo servidor público cumplir con sus funciones en la forma que ordena la constitución, la ley y los reglamentos.

En esta oportunidad se esbozaron los planteamientos de la sentencia anterior para afirmar que el Consejo de Estado reitera lo expresado en otros asuntos en el sentido de que ante la dificultad que representa para el actor demostrar en sede judicial las motivaciones de la administración para proceder al retiro, en los casos donde existan calificaciones meritorias en la hoja de vida del funcionario es deber de la administración aportar medios probatorios que fortalezcan la presunción de expedición del acto en razones del buen servicio.

Siguiendo el mismo orden de ideas el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B, en sentencia del seis (06) de agosto del 2009 Consejero Ponente Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO ROJAS, estudió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por un capitán de la Policía Nacional que fue retirado del servicio por llamamiento a calificar servicios. En primera instancia fueron negadas las pretensiones de la demanda bajo el argumento de que el actor no logró establecer que el acto de retiro objeto de análisis hubiese sido expedido por razones diferentes a la del mejoramiento del servicio. En segunda instancia el Consejo de Estado confirmó la sentencia apelada diciendo:

“Dentro de este contexto corresponde al interesado en desvirtuar dicha presunción, acreditar, probatoriamente, la existencia de los motivos ocultos, valga

reiterar, de aquellos impulsos que determinaron la decisión de la Administración y que son contrarios al buen servicio.

“Ahora bien, esta Corporación en reiteradas oportunidades ha manifestado que el buen desempeño de las funciones y del comportamiento del servidor es lo mínimo que de él se espera, pero en modo alguno le otorga fuero de estabilidad; pues, se reitera, razones asociadas con el buen servicio pueden impulsar su retiro de la Institución. Al respecto, en sentencia de esta Subsección, de 11 de junio de 2009, C.P. doctor: Gerardo Arenas Monsalve, radicado interno No. 0073-2008, actor: Alberto Antonio Ruiz Caviedes, se sostuvo:

“Ahora bien, tratándose de decisiones discrecionales como la acusada, el registro en la hoja de vida del oficial de unas calificaciones superiores en el desempeño de las funciones constitucional y legalmente asignadas no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad ni pueden limitar la potestad discrecional que el ordenamiento le concede al nominador, pues ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, pues lo normal es el cumplimiento del deber por parte del funcionario.”.

En el sub lite el máximo tribunal en lo contencioso administrativo vuelve a resaltar que para que opere la teoría de la carga dinámica de la prueba, en la hoja de vida del actor o en otros medios de prueba que se alleguen al expediente deben constar anotaciones expresas que indiquen un rendimiento muy superior del funcionario que sobrepasa ampliamente lo que se le exige a todo servidor del Estado, de lo contrario si no existe tal circunstancia es al actor a quien le corresponde probar los supuestos de hecho en los que funda sus pretensiones, esto es se mantiene incólume el principio consagrado en el artículo 177 del C.de P. C.

El pronunciamiento más reciente del Consejo de Estado en la materia examinada de produjo en la sentencia del ocho (08) de abril de 2010 Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B Magistrado Ponente Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA se decidió un asunto en el que se retiró del servicio a un oficial de Ejército Nacional en uso de la facultad discrecional establecida en el decreto 1790 del 2000 y el artículo 36 del C.C.A.

La demanda que dio inicio al litigio fue instaurada en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a quien correspondió su estudio en primera instancia donde se accedió a las pretensiones del actor para lo cual se manifestó que de conformidad con lo expuesto en reiteradas oportunidades por el Consejo de Estado, el ejercicio de la facultad discrecional no es ilimitado, por el contrario, debe estar sustentado en criterios de proporcionalidad y razonabilidad; razón por la cual, a pesar de presumirse fundado en razones del servicio, debe existir una justificación de los motivos del mismo y que en el presente con el retiro del Oficial se quiso obviar las investigaciones penales y disciplinarias e imponer el retiro como sanción. El Consejo de Estado confirmó la sentencia recurrida

Al respecto el Consejo de Estado manifestó:

“A pesar de que la desconfianza en el funcionario por parte de sus superiores puede justificar en algunos eventos el ejercicio de la facultad discrecional de retiro, en la medida en que interfiere en el buen desempeño de una función estatal²¹, en el presente asunto lo que se evidencia es que con ocasión de dicha investigación el folio de vida del actor modificó sustancialmente, de ser un funcionario valorado de forma excelente, pasó, se reitera, a no tener virtudes militares, por hechos que

²¹ Ven entre otras las sentencias de esta Subsección de 21 de agosto de 2008, C. P. doctor Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno No. 3149-2005, actor: Héctor Mario Arias Vargas; y, de 7 de diciembre de 2006, C. P. doctor Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno No. 2650-2005, actor: Jaime Enrique Calvo Rodríguez.

debieron generar una investigación disciplinaria o penal y no la activación del ejercicio de la facultad discrecional.

Ahora bien, en este punto debe resaltarse que lo que se discute es el medio que utilizó la Administración para “sancionar” las irregularidades que se presentaron en el Dispensario Central, pues estos hechos evidentemente facultaban al Ejército Nacional para iniciar, por ejemplo, se reitera, las acciones penales y disciplinarias respectivas, pero a simple vista no es coherente que el mencionado hecho sustentara el ejercicio de la facultad discrecional de retiro.”

Teniendo en cuenta lo anterior, el Consejo de Estado en el mencionado pronunciamiento dejó sentada la posición de la alta corporación en el sentido de que no basta con alegar la presunción de expedición de los actos administrativos en razones del buen servicio cuando existen anotaciones positivas en las hojas de vida de los funcionarios objeto de retiro. De igual forma se reprocha la utilización de la facultad discrecional como mecanismo para imponer sanciones a los servidores públicos.

7. CONCLUSIONES

Del estudio realizado a los pronunciamientos del Consejo de Estado se pueden extractar varias conclusiones a modo de subreglas a saber:

- Como ya ha sido explicado insistentemente por la doctrina y la jurisprudencia la presunción de legalidad y es especial de que los actos se expiden para el mejoramiento del servicio público, es una presunción *iuris tantum* esto es una presunción de hecho y por lo tanto admite prueba en contrario.

- En la expedición de actos de retiro de funcionarios que ejercen cargos de libre nombramiento y remoción, no se exige motivación en el cuerpo del acto pero los motivos si deben existir y estos además tienen que ser ciertos y suficientes y que si se presentan acciones judiciales contra este tipo de actos, la administración tiene que entrar a explicarlos y probarlos dentro del proceso respectivo.

- La existencia de una hoja de vida ejemplar del funcionario público es prueba suficiente de que el acto se expidió con desviación de poder cuando la administración no explica ni mucho menos prueba las razones de la inconveniencia de la permanencia del servidor público.

- Para que sea aplicable la teoría de la carga dinámica de la prueba, el demandante debe probar, con sustento en los medios de prueba que estén a su alcance que la decisión es desproporcionada de acuerdo con los antecedentes facticos previos a la decisión del nominador. Para esto, entre otros elementos es de vital importancia la hoja de vida del funcionario. Sin embargo no es único medio de prueba que se pueda utilizar ya que no existe tarifa legal al respecto.

BIBLIOGRAFIA

- Constitución Política de 1991.
- Código Contencioso Administrativo.
- Ley 909 de 2004 Sobre Carrera Administrativa.
- SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Acto Administrativo: Procedimiento eficacia y validez. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1994.
- DE ARAUJO, Antonio Carlos, Cintra: Motivo e motivacao do ato administrativo. Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo. 1979.
- LEAL, Alberto Ramón. La Fundamentación del Acto Administrativo. Revista del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Bogotá 1983.
- OELCKERS CAMUS, Oswaldo. La Discrecionalidad Administrativa. Publicado en El Derecho Administrativo en Latino América. Ediciones Rosaristas. Bogotá. 1986.
- KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. Editorial Nacional. Mexico.1979.
- SAYAGUEZ LASO. Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Montevideo.1974.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomas Ramón Fernandez. Curso de Derecho Administrativo tomo I. Editorial Civitas. Madrid. 1980 – 1982.

- MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo tomos I y II. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1982. 3155802461
- CRETELLA JUNIO, José. Curso de Direito Administrativo. Companhia Editora Forense. Rio de Janeiro. 1967.
- PELLICER VALERO, José Agustín. El desvío de poder en el derecho comparado europeo. Reus S.A. Madrid. 1966.