

FICHA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL DESPACHO COMISIONADA BLANCA CLEMENCIA ROMERO ACEVEDO Contrato N° 172 de 2016

Tema: Retiro Provisionales

Corporación	Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección b
Identificación	25000-23-42-000-2013-01186-01(2144-14)
Fecha	20 de agosto de 2015
Accionante/Demandante	Luis Fernando Cubillos Neira
Accionado / Demandado	Distrito Capital De Bogotá - Secretaria De Educación
Magistrado / Consejero Ponente	Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez

HECHOS RELEVANTES:

El ciudadano Luis Fernando Cubillos Neira fue vinculado a la Secretaria de Educación del Distrito Capital a través de la Resolución No 2870 de octubre 20 de 2010, para ocupar el cargo de Director Técnico Grado 009, Código 006, empleo de libre nombramiento y remoción, desempeñándose en el mismo con honestidad, probidad y cumpliendo a cabalidad las funciones asignadas.

Mediante Resolución No 131 de enero 30 de 2012, el Secretario de Educación del Distrito Capital, resolvió declarar insubsistente el nombramiento ordinario del señor Luis Fernando Cubillos Neira, en el cargo de Director Técnico, Grado 009, Código 006, ubicado en la Dirección de Inspección y vigilancia de la aludida Secretaria de Educación

PROBLEMA JURÍDICO:

Alcance de la facultad discrecional de los nominadores en relación con el retiro del servicio de servidores de libre nombramiento y remoción, y provisionales.

RATIO DECIDENDI:

Al ser la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como la del demandante, una presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tiendan a informarla.

Tal presunción surge de la aplicación del principio de legalidad, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la Ley y los Reglamentos, y “opera en el quehacer de la administración pública imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a las reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia”.

Por tratarse de una presunción de legalidad, que surge de la naturaleza del acto mismo, para efectos de su anulación, el demandante tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya el cargo aducido como causal de anulación conforme a lo dispuesto por los artículos 176 y 177 del C.P.C., norma ratificada por el Código General del Proceso en su artículo 167, disposición aplicables al asunto por remisión del artículo 211 del C.P.A.C.A.

Es pertinente manifestar a la altura de lo ya enunciado, que la facultad discrecional no es absoluta, en tanto no puede interpretarse aisladamente de los principios que conforman nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento procede siempre y cuando esté inspirado en razones del buen servicio, máxime, cuando en el caso bajo estudio, la administración distrital motivó el acto administrativo de insubsistencia.

La potestad discrecional es una herramienta jurídica necesaria en ciertas situaciones para obtener mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines de la administración pública.

Entonces, la discrecionalidad “surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público”¹.

Ahora bien, la existencia de facultades discrecionales no es incompatible con la vigencia de un Estado Social y Constitucional en la medida en que se ejerzan como un poder en derecho, cuya regla y medida es la razonabilidad. En ese sentido, la Corte Constitucional ha indicado que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a los servidores públicos de libre nombramiento y remoción no contraría la Constitución, pues la naturaleza de las labores que desempeñan obedece a una relación subjetiva con el nominador, quien requiere siempre plena confianza de sus colaboradores.

Al igual, esta Corporación reiteradamente ha sostenido que si bien las razones del servicio se presumen, de demostrarse la existencia de vicios que desvirtúen la presunción de legalidad, la decisión debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

En este sentido, en providencia de fecha 3 de agosto de 2006, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno No. 0589-05, actor: Jesús Antonio Delgado Guana, se indicó:

“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.”.

Es por lo anterior que, como bien lo señala el tratadista García de Enterría², el control judicial de la discrecionalidad es siempre un control de los

¹ García de Enterría, Eduardo. Democracia, Jueces y Control de la Administración., 5ª edición, 2000, página 143.

elementos reglados con que la atribución legal de la potestad correspondiente ha sido conferida, ello precisamente encaminado a establecer si las razones que inspiraron la decisión tomada en ejercicio de la facultad discrecional desborda o desconoce el principio de razonabilidad.