

A PROPÓSITO DE LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: COMENTARIOS A LA SENTENCIA SU-917 DE 2010¹

Aura Sofía Palacio Gómez²

RESUMEN. El texto analiza la motivación del acto administrativo, a partir de los comentarios a la Sentencia de Unificación SU-917 del 16 de noviembre de 2010, proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional. La discusión radica en la obligación de motivar los actos administrativos, particularmente, si ese deber se deriva de los preceptos constitucionales, como parece expresarlo la jurisprudencia constitucional; o si es un asunto que corresponde definir al legislador, siendo la tesis más defendida por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Introducción

En la Sentencia SU-917 del 2010, la Sala Plena de la Corte Constitucional conoció de varias acciones de tutela referidas a actos administrativos, mediante los cuales, sin motivación, se desvinculaban funcionarios que estaban en cargos de carrera en provisionalidad³. A partir del análisis teórico del concepto y del estudio de la providencia se hace un breve recuento de sus hechos y consideraciones, para luego abordar el debate que se presenta con la jurisprudencia del Consejo de Estado, especialmente en lo referido al fundamento normativo y a la obligación de motivar.

El propósito del texto radica en sensibilizar alrededor del siguiente interrogante: ¿la obligación de motivar los actos administrativos es un precepto derivado de la filosofía constitucional, a partir del modelo político y de los principios de la función administrativa; o es un asunto de discrecionalidad legislativa?

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 24 de febrero de 2024, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del Grupo de Estudio de Derecho Público adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Juan David Montoya Penagos, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo–, sino también para beneficio de toda la comunidad académica.

² Auxiliar de Investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, Nivel V Avanzado, adscrito al Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-917 del 16 de noviembre de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

1. Síntesis teórica alrededor del concepto de la «motivación» del acto administrativo

La motivación del acto administrativo hace referencia a la expresión de la causa, la razón, el motivo por el cual la decisión existe. Se trata, entonces, de plasmar las consideraciones que se tuvieron en cuenta para expedirlo, dirigiéndolas, principalmente, a los administrados, puesto que, por regla general, cuando se expresan razones, argumentos y explicaciones se intenta convencer o persuadir al auditorio, lo que también ocurre en estos casos. Así, la Administración motiva sus decisiones para dar cuenta de su gestión, para explicar el porqué de su decisión y para defender la decisión *ex ante*, esto es, desde su misma configuración.

Para Mónica Buj Montero, la motivación del acto administrativo –contenida en los «considerandos»– supone la «explicitación» de las circunstancias de hecho y de derecho que lo fundamentaron. Además, para la Administración satisface el principio de legalidad; mientras que para el ciudadano responde a la exigencia de respetar los derechos individuales. En su concepto, casi todo acto administrativo debe ser motivado, máxime cuando se expide en ejercicio de facultades discrecionales, por lo que su ausencia representa no solo un vicio de forma, sino también un acto arbitrario⁴.

En sentido similar, José Antonio García Trevijano Fos considera que la motivación es la manifestación externa de la causa, el motivo y el fin del acto administrativo, de ahí que no lo considere un simple elemento formal, porque revela externamente lo que se persigue. Desde su perspectiva, la motivación puede ser obligatoria o facultativa, antecedente o previa, simultánea o sucesiva, explícita o implícita. Además, ha de ser suficiente, esto es, que baste para conocerse los motivos de la decisión y su legalidad. «¿Cuál es la función de la motivación? Es esencial. Su mención permite desenmascarar un posible vicio de desviación de poder, y además sirve a la propia Administración, ya que facilita a los órganos subalternos la aplicación correcta de la Ley en casos similares»⁵. En relación con el objeto de análisis, García Trevijano Fos cuestiona lo que ocurre en los ordenamientos jurídicos donde no existe una norma que obligue a motivar los actos, proponiendo el siguiente listado de actos en los cuales pareciera recurrente: *i)* cuando lo impone la ley, *ii)* según la naturaleza de los actos, es decir, si limitan derechos, si son consultivos o sancionadores, etc., *iii)* cuando exista mayor discrecionalidad, *iv)* si se trata de actos de control que modifiquen el controlado o lo revoquen y *v)* cuando los actos son recurribles.

⁴ BUJ MONTERO, Mónica *et all.* Manual de derecho administrativo. 1ª Ed. Buenos Aires: Ediciones DePalma. p. 197.

⁵ GARCÍA TREVIJAN FOS, José Antonio. Los actos administrativos. 1ª Ed. Madrid: Editorial Civitas S.A. 1986. pp. 146 y 147.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento colombiano, en España –artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo 39/2015⁶– existe una disposición que enlista los actos administrativos que se motivan, lo que supone que, en consecuencia, de un lado, habría otros actos que no se motivan y, de otro, en últimas el tema sería un asunto desarrollado a partir de reglas legales y no de principios constitucionales.

Finalmente, Juan Carlos Cassagne distingue la «motivación» del «motivo» del acto, indicando que hace referencia al acto de convencer e indicar los hechos y el derecho. La define a partir de los considerandos o las razones de la decisión y también reconoce que, como obligación, no se encuentra presente en todo acto. Así pues, al igual que en España, en Argentina –artículo 136 de la Ley General de la Administración Pública⁷– también se indican los actos administrativos objeto

⁶ La disposición establece lo siguiente: «Artículo 35. Motivación.

»1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:

»a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.

»b) Los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos y procedimientos de arbitraje y los que declaren su inadmisión.

»c) Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.

»d) Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales previstas en el artículo 56.

»e) Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia, de ampliación de plazos y de realización de actuaciones complementarias.

»f) Los actos que rechacen pruebas propuestas por los interesados.

»g) Los actos que acuerden la terminación del procedimiento por la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas, así como los que acuerden el desistimiento por la Administración en procedimientos iniciados de oficio.

»h) Las propuestas de resolución en los procedimientos de carácter sancionador, así como los actos que resuelvan procedimientos de carácter sancionador o de responsabilidad patrimonial.

»i) Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

»2. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte».

⁷ La disposición señala lo siguiente: «Artículo 136.- 1. Serán motivados con mención, sucinta al menos, de sus fundamentos:

»a) Los actos que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos;

»b) Los que resuelvan recursos;

»c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos;

»d) Los de suspensión de actos que hayan sido objeto del recurso;

»e) Los reglamentos y actos discrecionales de alcance general; y

»f) Los que deban serlo en virtud de ley».

de motivación, lo que significa, entonces, que existen otras decisiones que no necesariamente deben dar cuenta de sus fundamentos⁸.

Así las cosas, la motivación de los actos administrativos es una carga de la Administración para con sus administrados, que supone dar cuenta de las razones, entendimientos y consideraciones que dieron lugar a la decisión, facilitando su control y revisión, no solo por los órganos judiciales sino también por la sociedad en su conjunto.

2. Hechos y consideraciones de la Sentencia SU-917 de 2010, a propósito de la motivación del acto de retiro del servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera

En la Sentencia de Unificación 917 del 2010, la Sala Plena de la Corte Constitucional estudió veinticuatro expedientes que, pese a sus particularidades, tenían como elemento común que los accionantes desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en distintas entidades públicas, pero habían sido desvinculados mediante un acto de retiro que no estaba motivado. La providencia, además de referir pronunciamientos anteriores, asume tres problemas jurídicos: *primero*, la motivación de los actos de insubsistencia o de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera; *segundo*, los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia, cuando una autoridad judicial considera que el acto de desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera no requiere motivación y, *tercero*, la procedencia de la acción de tutela contra la entidad pública que desvincula a un empleado nombrado en provisionalidad, sin que el acto de retiro haya sido motivado.

En sus consideraciones, el Alto Tribunal describió la evolución del régimen de carrera, calificándola como un asunto complejo. Entre otras referencias, señaló que la carrera administrativa y el régimen del servicio civil se introdujeron en la Constitución Política de 1886, siendo un asunto cuya regulación le correspondía al legislador. En consecuencia, se expidió la Ley 165 de 1938, en la cual se indicó que todos los empleados que prestaran sus servicios en los ramos fiscal y administrativo quedaban sujetos a la carrera administrativa, salvo algunas excepciones. Luego, mediante el Plebiscito de 1957, con el propósito de

⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico. Buenos Aires: Ediciones Olejnik, 2019. pp. 268 y 269.

garantizar la estabilidad en los cargos públicos, la carrera administrativa se catalogó como un «canon constitucional»⁹.

Así las cosas, la Ley 19 de 1958, reglamentada por el Decreto 1732 de 1960, distribuyó en dos sectores los empleos públicos: los de carrera administrativa, como regla general, y los de libre nombramiento y remoción. Luego, el Decreto-Ley 2400 de 1968 modificó las reglas de los empleos y su reglamento, y, más tarde, el Decreto 1950 de 1973 definió la carrera como un mecanismo de administración de personal, que tiene al mérito como la forma de acceder al servicio. Años después, la Ley 61 de 1987 propuso una nueva clasificación de los cargos de carrera y de 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 provisionales¹⁰.

Por su parte, la Constitución Política de 1991 introdujo profundos cambios en materia de derechos fundamentales y en la estructura del Estado, y le otorgó gran importancia a la carrera administrativa y al mérito, al considerarlos la forma imperante para proveer empleos públicos, con excepción de los sujetos a elección popular. Se entendió, entonces, que la carrera administrativa, como sistema de burocracia basado en el mérito y la igualdad de oportunidades, contribuía a consolidar la democracia.

En consecuencia, la Corte Constitucional ha calificado la motivación como la regla general, en el entendido de que cuando se materializa el poder del Estado es necesario hacer explícitos los fundamentos o razones de hecho y de derecho que lo causaron. Esta tesis ha sido reiterada por la Corporación, por ejemplo, en la Sentencia SU-250 de 1998, donde se indicó que, a diferencia del antiguo régimen español o del sistema napoleónico, la discrecionalidad no puede confundirse con la arbitrariedad, de ahí que los actos de la Administración deban motivarse. En esa medida, se refirieron «preceptos de origen constitucional» que, en sus consideraciones, son el origen de la obligación de motivar el acto administrativo.

En *primer lugar*, la Corte Constitucional destacó la cláusula del Estado de derecho, artículo 1° de la Constitución Política, para indicar que la motivación de los actos es expresión de ella, porque sujeta a los poderes públicos al principio de legalidad y proscribire la arbitrariedad. A partir de Tomás Ramón Fernández, sostuvo que la motivación era necesaria, porque de lo contrario la simple voluntad sería el único apoyo de la decisión. En esa medida, las decisiones no pueden reflejar el capricho o deseo de quien las toma, sino la realización de los

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-917 del 16 de noviembre de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

valores jurídicos del sistema¹¹, además de que la motivación le ofrece información al juez para controlar el acto y definir si se ajusta al orden jurídico y si responde a los fines que lo justifican.

En *segundo y tercer lugar* se afirmó que la motivación de los actos administrativos es una garantía del derecho de contradicción y de defensa, por lo que es un componente del debido proceso –artículo 29 Superior–; además que garantiza el principio democrático, porque constituye el instrumento por medio del cual las autoridades responden por sus actuaciones¹². En sus términos, de un lado, para los supuestos fácticos propios de la providencia, indicó que la fundamentación explícita se calificó como necesaria para que el afectado pudiera controvertir las razones que tuvo presente el nominador al desvincularlo; de otro, consideró que la motivación era una exigencia propia de la democracia, en tanto le exige a la Administración dar cuenta de las razones por las cuales ha obrado en determinado sentido.

En *cuarto lugar*, el Tribunal sostuvo que la motivación de los actos hace realidad el principio de publicidad en el ejercicio de la función administrativa, artículo 209 Superior. En su consideración, la sociedad en general, y el administrado en particular, tienen derecho a estar informados de las decisiones adoptadas por los poderes públicos, pero especialmente de conocer con claridad las razones que le han servido de sustento. «La publicidad del acto sin el conocimiento de los motivos en que se fundamenta en nada se diferencia de la arbitrariedad y el despotismo».

Así las cosas, la Corte Constitucional sostuvo que en el Estado de derecho no existe la discrecionalidad absoluta, siendo únicamente admisible la relativa. Aquella se refiere a la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón para hacerlo, confundiendo con arbitrariedad o capricho; mientras que esta supone una libertad reconocida por el ordenamiento jurídico, en la que solo se atenúa la exigencia de motivar los actos administrativos, pero no se elimina. Entre los supuestos de nominación y retiro de servidores públicos donde se reconoce que se presenta la relativización están, de un lado, el nombramiento y retiro de ministros, directores de departamentos administrativos y agentes del Presidente de la República y, de otro, la nominación y desvinculación en cargos de libre nombramiento y remoción.

Ahora, frente a los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, la Corporación destacó la importancia de la motivación, para respetar los principios constitucionales referidos y la regla

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-371 del 26 de mayo de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-279 del 18 de abril de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

general de motivar los actos administrativos, además de darle a conocer al administrado las razones para retirarlo del cargo. En su consideración, este razonamiento coincidió con lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, donde se reconoció que la competencia para retirar empleados de carrera es una competencia reglada, que debe materializarse mediante acto motivado. Además, destacó el principio de «razón suficiente», según el cual el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad debe indicar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un funcionario, siendo inadmisibles las justificaciones indefinidas, generales y abstractas.

3. Fundamento normativo que impone motivar los actos administrativos: el contraste con la jurisprudencia mayoritaria del Consejo de Estado

Teniendo claridad que la Sentencia de la Corte Constitucional establece el deber de motivar los actos de retiro del servidor público nombrado en provisionalidad en cargos de carrera, pero que también reconoce la existencia de una discrecionalidad relativa, la tesis puede sintetizarse en proscribir la discrecionalidad absoluta, que se asocia a la arbitrariedad, y que supone la ausencia total de motivación¹³.

No obstante, existe un debate sobre el deber de motivar los actos administrativos: de un lado, como se señaló, la Corte Constitucional manifiesta que la motivación, como garantía, es general, y se fundamenta en el modelo político del Estado de derecho, el debido proceso, el principio democrático y la publicidad en la función pública, así como en la efectividad del control judicial. De otro lado, el Consejo de Estado argumenta que la motivación depende de una norma expresa que lo exija, de ahí que, por ejemplo, como lo establece el artículo 2, inciso 2, de la Ley 1437 de 2011 existan actos administrativos eximidos de las reglas generales del procedimiento administrativo¹⁴.

Lo anterior supone cuestionarse por el fundamento normativo o el origen de la motivación: ¿es una obligación constitucional o legal? Si se aceptara que proviene de la Constitución Política, la totalidad de actos administrativos, sin

¹³ Lo anterior sin perjuicio de reconocer que en algunas providencias la Corte reconoce la posibilidad de excepcionar este deber. Ver, entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-204 del 14 de marzo de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁴ Ver: CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia del 13 de marzo de 2003. Rad. 1998-1834-01 (4972-01). C.P. Tarsicio Cáceres Toro; CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 27 de enero de 2011. Rad. 1999-05348-02 (2288-08). C.P. Gustavo Gómez Aranguren; y CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Sentencia del 26 de enero de 2012. Rad. 2010-01235-02(AC). C.P. Susana Buitrago.

excepción, deberían motivarse; pero si se concluyera que se deriva de la ley, y que es el legislador quien desarrolla esos principios constitucionales, se permitiría que, aun cuando constituyen la inmensa mayoría, no todos los actos se motiven. Esto supone discutir si la Constitución es una fuente de deberes exigibles a la Administración o si ofrece un marco general que debe ser desarrollado por el legislador –como ocurre en España y en Argentina–. Al respecto, aunque se reconoce que existen pronunciamientos de suficiente relevancia constitucional, como las sentencias de unificación, lo cierto es que la posición de la Corte Constitucional parte de un temor a la discrecionalidad, quizá en asocio a la inmunidad, pues la ausencia de motivación complejiza el control. Sin embargo, también se enfrenta a desafíos, mayoritariamente prácticos, cuando se exige motivar la totalidad de los actos. Piénsese no solo en los actos de retiro de funcionarios, en los cuales el fundamento no es más que la confianza del nominador, sino también en los actos de policía o en los actos de trámite.

Lo cierto es que el Consejo de Estado ha sido categórico en hacer caso omiso a la postura de la Corte Constitucional en el asunto objeto de discusión. En la Sentencia del 13 de marzo de 2003, la Sección Segunda del Consejo de Estado se pronunció frente a la motivación de los actos de insubsistencia de empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, indicando que el nombrado en provisionalidad lo es en forma discrecional del nominador, por cuanto dicho acto no requiere de procedimiento, ni tampoco motivación. Así, señala lo siguiente: «al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna»¹⁵.

En igual sentido, en la Sentencia del 27 de enero de 2011, la Sección Segunda conoció de un caso donde se demandaba una resolución que declaraba la insubsistencia de un funcionario, proponiendo, entre otros, el vicio de falta de motivación. La Corporación, aun después de proferida la SU-917 del 2010, sostuvo que la figura del empleado provisional data desde hace varios años, y su desvinculación ocurría mediante la declaratoria de insubsistencia. En sus consideraciones se refirió el Decreto 1950 de 1973, que estableció que tanto el nombramiento ordinario como el provisional podían ser declarados insubsistentes sin motivación. Esta práctica se ha mantenido hasta la actualidad, con disposiciones que permiten la terminación del nombramiento provisional

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia del 13 de marzo de 2003. Rad. 76001-23-31-000-1998-1834-01 (4972-01). C.P. Tarsicio Cáceres Toro.

mediante acto expedido por el nominador. Se permite, entonces, la desvinculación sin motivación del provisional¹⁶.

Ahora bien, aunque se reconoce la complejidad del asunto, se considera que, por lo menos frente al caso específico existen criterios metajurídicos, como la eficacia de los cargos de confianza en el ejercicio de la función pública, que complejizan motivar la decisión, por carecer de un fundamento específico, pero que no obstan para que, en efecto, así se exija.

Esto, a su vez, supone discutir si la motivación es un elemento de existencia o de eficacia del acto administrativo, y si la falta de motivación implica ausencia de control sobre la decisión administrativa. En primer lugar, se considera que la motivación preexiste al acto y no se asocia a su existencia, sino que cuando la establezca la ley será requisito de validez. En segundo lugar, aunque el control a la decisión se complejiza, termina siendo un asunto que perjudica a la Administración, cuyo acto no podrá «defenderse» por sí mismo, sino que requerirá una intervención adicional. Lógicamente también le será un asunto de discusión al ciudadano, quien carecerá de los elementos de juicio suficientes para detectar la irregularidad, pero que, sin duda, tampoco le supone una imposibilidad.

Las anteriores consideraciones no desconocen que, actualmente, la postura de la Corte Constitucional que se expuso en la SU 917 del 2010 no es aislada y, por el contrario, es uniforme, pese a los debates y choques con las providencias del Consejo de Estado.

Bibliografía

Doctrina

BUJ MONTERO, Mónica *et all.* Manual de derecho administrativo. 1ª Ed. Buenos Aires: Ediciones DePalma. 703 p.

CASSAGNE, Juan Carlos. El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico. Buenos Aires: Ediciones Olejnik, 2019. 401 p.

GARCÍA TREVIJAN FOS, José Antonio. Los actos administrativos. 1ª Ed. Madrid: Editorial Civitas S.A. 1986. 438 p.

Jurisprudencia

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 27 de enero de 2011. Rad. 25000-23-25-000-1999-05348-02(2288-08). C.P. Gustavo Gómez Aranguren.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia del 13 de marzo de 2003. Rad. 76001-23-31-000-1998-1834-01 (4972-01). C.P. Tarsicio Cáceres Toro.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 27 de enero de 2011. Rad. 25000-23-25-000-1999-05348-02(2288-08). C.P. Gustavo Gómez Aranguren.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-371 del 26 de mayo de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-279 del 18 de abril de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-917 del 16 de noviembre de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-204 del 14 de marzo de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

