

**“LA MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS COMO ELEMENTO  
ESENCIAL PARA GARANTIZAR EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO EN  
EL ACTO DE RETIRO DE EMPLEADOS PUBLICOS EN PROVISIONALIDAD DE  
ACUERDO A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL 1998- 2012”**

**ANA MARIA NARVAEZ ARCOS  
FERNANDO ALAVA APRAEZ**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO-JURIDICOS  
ESPECIALIZACIÓN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL  
PRINCIPIALISTICA EN DERECHO LABORAL  
SAN JUAN DE PASTO  
2013**

**“LA MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS COMO ELEMENTO  
ESENCIAL PARA GARANTIZAR EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO EN  
EL ACTO DE RETIRO DE EMPLEADOS PUBLICOS EN PROVISIONALIDAD DE  
ACUERDO A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL 1998- 2012”**

**ANA MARIA NARVAEZ ARCOS  
FERNANDO ALAVA APRAEZ**

**Ensayo para optar al Título de  
Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social**

**Asesor:  
Dr. FRANCISCO E. PAZ OBANDO  
Coordinador**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO-JURIDICOS  
ESPECIALIZACIÓN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL  
PRINCIPIALISTICA EN DERECHO LABORAL  
SAN JUAN DE PASTO  
2013**

## **NOTA DE RESPONSABILIDAD**

*"Las ideas y conclusiones aportadas en el trabajo de grado, son responsabilidad del autor"*

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

**NOTA DE ACEPTACIÓN**

---

---

---

---

---

---

---

**PRESIDENTE DE TESIS**

---

**JURADO**

---

**JURADO**

San Juan de Pasto, Abril de 2013

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo de grado lo dedicamos a nuestro Padre el Creador, a quien debemos nuestra grata existencia y el espíritu que nos impulsa a continuar en este camino del conocimiento.

A nuestros padres, hijos, y familiares, quienes son nuestra mayor motivación para esforzarnos en la búsqueda de nuevos retos en la vida académica, para enriquecer nuestro espíritu, y poder así contribuir con este aporte a generar inquietudes en el ámbito del derecho laboral, el que esperamos se vaya consolidando como un instrumento que permita una mayor equidad en la sociedad Colombiana.

## RESUMEN

La motivación como elemento esencial para garantizar el principio del debido proceso se hace exigible en el acto administrativo de retiro de empleados públicos que ocupan cargos en provisionalidad pertenecientes a carrera administrativa. Dado que prescindir de la motivación desconocería derechos fundamentales como son el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, a la igualdad y principios constitucionales como el de publicidad, transparencia, legalidad, democrática y la estabilidad laboral.

La motivación del acto de retiro del empleado en provisionalidad debe obedecer al interés general y por ello deben concretarse las razones por las cuales el nominador decide proferir el acto de insubsistencia, como son que el empleado público con su conducta haya afectado la función pública, no haya prestado en forma satisfactoria sus servicios, o su cargo haya sido provisto por concurso de méritos. De otra parte en otro tipo de relaciones laborales se exige también que antes de terminar la relación laboral por justa causa se debe informar y probar por parte del empleador las razones que dieron lugar a dicha decisión garantizando previamente al trabajador su derecho de defensa.

El deber de motivación también está conectado con la garantía constitucional de estabilidad laboral a que se refieren los Artículos 53 y 125 de la Carta Política, puesto que se ha reconocido por la jurisprudencia que el grado de estabilidad laboral difiere según la naturaleza del cargo público, es así como los empleados de libre nombramiento y remoción cuentan una estabilidad precaria en razón a que la facultad discrecional del nominador es más amplia dado el carácter de confianza en estos cargos; mientras que los empleados en provisionalidad gozan de una estabilidad relativa o mayor, donde el grado de discrecionalidad del nominador es menor por las funciones técnicas que desempeñan, y por ello se deben indicar las razones concretas que obedezcan al interés general y que serían el único fundamento para la terminación del vínculo.

Frente a este tema de la exigencia de la motivación de los actos administrativos para el retiro de empleados en provisionalidad, ha existido una constante discrepancia entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; no obstante con la aparición de la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005 hubo un cambio de matiz por parte del máximo Tribunal de lo Contencioso administrativo donde se acepta la motivación pero no por las razones de carácter

constitucional y de precedente jurisprudencial analizado en el trazo expuesto por el grupo, sino atendiendo al cambio normativo precitado.

## **ABSTRACT**

Motivation as an essential element to ensure the principle of due process is required in the administrative act of public employee retirement serving on provisional belonging to administrative career. Because without motivation disavow fundamental rights such as due process, access to justice, equality and constitutional principles such as openness, transparency, legality, democratic and labor stability.

The motivation of the employee's retirement ceremony in provisional must obey the general interest and therefore should materialize the reasons why the nominator decides uttering the act of invalidity, as are the public employee behavior has affected the public, not has rendered its services in a satisfactory manner, or charge has been provided on merit. In addition to other types of labor is also required before termination of employment for cause and must be informed by the employer prove the reasons that led to this decision after ensuring the worker's rights of defense.

The obligation to state reasons is also connected with the constitutional guarantee of job security referred to in Articles 53 and 125 of the Constitution, since it has been recognized by the jurisprudence that the degree of job security differs depending on the nature of public office, and employees is free appointment and removal have a precarious stability due to the discretion of the nominator is broader given the nature of trust in these positions, while employees enjoy provisional or greater relative stability, where the degree of discretion of the nominator is smaller by performing technical functions, and therefore must state the specific reasons to obey the general interest and that would be the only basis for termination of the bond.

Address this issue of the requirement of motivation of administrative acts for the withdrawal of provisional employees, has been a constant discrepancy between the Constitutional Court and the Council of State, however with the advent of Law 909 of 2004 and its Regulatory Decree 1227 of 2005 there was a change of tone by the highest court of administrative litigation where the motivation is accepted but not for the reasons of constitutional precedent and analyzed in the line exposed by the group, but in response to regulatory change aforementioned.

## CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION	18
<b>PRIMERA PARTE</b>	
<b>EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO Y LA MOTIVACION</b>	21
1. EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO	21
1.1 CONCEPTO DE PRINCIPIO	21
1.2 EL DEBIDO PROCESO EN EL AMBITO LABORAL	24
1.3 CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DEL DEBIDO PROCESO	26
2. LA MOTIVACION COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL DEBIDO PROCESO	29
2.1 MOTIVOS, MOTIVACION Y CONTROL DE LEGALIDAD	29
2.2 NECESIDAD DE MOTIVACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO	29
2.3. ANTECEDENTES HISTORICOS EN LA MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	30
2.3.1 ABSOLUTISMO EN LA MONARQUIA	30
2.3.2 DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO	31
2.3.3 CAMBIOS EN EL DERECHO PUBLICO ESPAÑOL Y FRANCES	31
2.3.4 LA DOCTRINA ITALIANA Y SU REPERCUSION EN LA COMUNIDAD EUROPEA	31
2.4 LA MOTIVACION EN EL CODIGO CONTENCIOSO	

ADMINISTRATIVO COLOMBIANO DE 1984	32
2.5 LA MOTIVACION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO	32
2.6 LA MOTIVACIÓN EN COLOMBIA, DESPUÉS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991	34
2.7 LEY 909 DE 2004 Y DECRETO REGLAMENTARIO 1227 DE 2005 ART. 10	34
2.8 RAZONES PARA LA MOTIVACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO	34
2.8.1 RAZÓN DE DERECHO LABORAL INTERNACIONAL	35
2.8.2 RAZON DEL CONTROL JUDICIAL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL	36
2.8.3 RAZON DE PUBLICIDAD	37
2.8.4 RAZON DERIVADA DEL DEBIDO PROCESO	38
2.8.5 RAZON DERIVADA DE LA AFECTACION DE DERECHOS INDIVIDUALES	39
2.8.6 RAZON DE PRUEBA DE LA LEGALIDAD DEL ACTO	39
2.8.7 RAZON DE LA BUENA FE	39
2.9 MOTIVACIÓN CONCURRENTENTE Y MOTIVACIÓN POSTERIOR	39
2.10 EL DEBER DE MOTIVACION DEL ACTO DE RETIRO- REGLA GENERAL PARA EMPLEOS QUE PERTENECEN A CARRERA	40

2.11 EXCEPCION AL DEBER DE MOTIVACION: EMPLEO NO PERTENECIENTE A UNA CARRERA Y CONSTANCIA EN LA HOJA DE VIDA	41
--	----

## **SEGUNDA PARTE**

<b>3. LA MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE RETIRO DE SERVIDORES PUBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA</b>	42
--	----

3.1 ARBITRARIEDAD Vs. DISCRECIONALIDAD	42
--	----

3.2 LA DISCRECIONALIDAD RELATIVA Y LA EXCEPCIÓN A LA MOTIVACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS	42
--	----

3.3 PROTECCION CONSTITUCIONAL A EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD DE ACUERDO A LA DOCTRINA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	44
--	----

3.4 LA NO MOTIVACION EN EL RETIRO DE EMPLEOS PERTENECIENTES A LA CARRERA ADMINISTRATIVA QUE DA LUGAR A VICIOS DE NULIDAD SEGÚN LA DOCTRINA	46
--	----

3.4.1 POR INCOMPETENCIA MATERIAL	46
----------------------------------	----

3.4.2 POR FALTA DE MOTIVACION	47
-------------------------------	----

3.5 NULIDAD POR FALTA DE MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE RETIRO DE CARGOS EN PROVISIONALIDAD SEGÚN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	48
--	----

## **TERCERA PARTE**

<b>4. TRAZO JURISPRUDENCIAL DE SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL RESPECTO AL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN LA MOTIVACION DEL ACTO DE RETIRO DE PROVISIONALES</b>	50
---	----

4.1 LISTADO DE SENTENCIAS A ANALIZAR	50
--------------------------------------	----

4.2 UBICACIÓN DE LAS SENTENCIAS EN EL TRAZO DESARROLLADO	50
4.3 ANALISIS DE LAS SENTENCIAS DEL TRAZO	53
4.3.1 Sentencia SU-250-98	53
4.3.2 Sentencia T-800-98	55
4.3.3 Sentencia C-371-99	56
4.3.4 Sentencia C-734-00	57
4.3.5 Sentencia T-884-02	59
4.3.6 Sentencia T-1206-04	61
4.3.7 Sentencia T-031-05	62
4.3.8 Sentencia T-222-05	63
4.3.9 Sentencia T-254-06	64
4.3.10 Sentencia T-653-06	65
4.3.11 Sentencia T-132-07	67
4.3.12 Sentencia C-279-07	68
4.3.13 Sentencia T-007-08	70
4.3.14 Sentencia T-1112-08	71
4.3.15 Sentencia T-251-09	72
4.3.16 Sentencia T-736-09	74
4.3.17 Sentencia C-431-10	75
4.3.18 Sentencia SU.917-10	76
4.3.19 Sentencia SU-691-11	78
4.3.20 Sentencia T-206-12	79
4.4 GRAFICO DEL TRAZO JURISPRUDENCIAL: MOTIVACION DEL ACTO DE RETIRO DE EMPLEADOS PUBLICOS EN PROVISIONALIDAD	81
4.5 CUADRO DEL UNIVERSO CITACIONAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LOS ULTIMOS 14 AÑOS EN MOTIVACION DEL ACTO DE RETIRO DE EMPLEADOS PUBLICOS EN PROVISIONALIDAD	82

#### **CUARTA PARTE**

<b>5. TESIS OPUESTAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA MOTIVACIÓN DE ACTOS DE RETIRO DE PROVISIONALES DE ACUERDO A LA SENTENCIA SU-917 DE 2010</b>	<b>83</b>
--	-----------

5.1 POSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO	83
------------------------------------	----

5.2 INCOMPATIBILIDAD CON LA CONSTITUCIÓN Y CON LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	84
---	----

5.3 LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO DESCONOCE EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN DETRIMENTO DE PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES	86
--	----

#### **QUINTA PARTE**

<b>6. EL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL LIGADO AL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO, TRATANDOSE DEL RETIRO DE UN EMPLEADO</b>	<b>87</b>
--	-----------

6.1 LA DOCTRINA REFERENTE A LA ESTABILIDAD LABORAL	87
--	----

6.2 EL RETIRO DE UN EMPLEADO POR NOMBRAMIENTO POR CONCURSO	93
--	----

6.3 LA APLICACIÓN DEL DEBIDO PROCESO PARA LA TERMINACION DEL VÍNCULO LABORAL DE TRABAJADORES OFICIALES	95
--	----

6.4 LA APLICACIÓN DEL DEBIDO PROCESO PARA LA TERMINACION DEL VÍNCULO LABORAL DE TRABAJADORES PARTICULARES	96
---	----

#### **SEXTA PARTE**

CRITERIO DEL GRUPO	98
CONCLUSIONES	105
BIBLIOGRAFIA	110

## GLOSARIO

**ACTO ADMINISTRATIVO:** es la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos. Ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de estos. Tiene como presupuestos esenciales, su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados.

**ARBITRARIEDAD:** se emplea para significar el poder ejercido despóticamente por un soberano, un ministro, un juez o todo agente de la fuerza pública. Toda decisión judicial que no es basada en la ley es arbitraria.

**DEFENSA:** exposición de los argumentos jurídicos que el defensor opone a la acusación o demanda para demostrar que las razones alegadas no están ajustadas a derecho.

**DISCRECIONALIDAD:** es el ejercicio de potestades previstas en la ley, pero con cierta libertad de acción, escogiendo la opción que más convenga a la administración.

**EMPLEADO DE CARRERA:** son los empleos en los órganos y entidades del Estado, exceptuando los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

**EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN:** son empleos públicos cuya provisión es discrecional, esto es hecha con el mínimo de pautas regladas como ocurre con todos los ejercidos por agentes del gobierno.

**IGUALDAD:** inexistencia de preferencias o privilegio. Trato similares en circunstancias semejantes. También es la similitud de condiciones en cuanto a derechos y deberes y sobre todo, de oportunidades de participación.

**INTERPRETACION DE LA LEY:** en derecho, es la labor tendiente a establecer el preciso sentido y alcance de una norma jurídica.

**JURISPRUDENCIA:** es el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales.

**MOTIVACION:** dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer una cosa.

**NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD:** es el que se le hace a una persona no seleccionada por el sistema de méritos para proveer de manera transitoria un empleo de carrera.

**PRECEDENTE:** es aquél antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se abra de resolver, que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico debe considerar necesariamente un Juez o una autoridad determinada al momento de dictar la sentencia.

**PRINCIPIO DE CONTRADICCION:** principio en virtud del cual los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir las decisiones por los medios legales.

**PRINCIPIO DE PUBLICIDAD:** principio en virtud del cual las autoridades dan a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones, publicaciones, que ordena la ley.

**TRABAJADOR OFICIAL:** aquel que presta sus servicios en una Empresa Industrial y comercial del Estado en labores diferentes a las de dirección; además aquellos trabajadores que laboren en obras de construcción y mantenimiento en diferentes entidades del Estado.

**TRABAJADOR PARTICULAR:** aquel que labora en una empresa privada.

## **PALABRAS CLAVE**

- ACTO ADMINISTRATIVO
- DISCRECIONALIDAD
- MOTIVACION
- NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD
- PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

## **KEYWORDS**

- ADMINISTRATIVE ACT
- DISCRETION
- MOTIVATION
- APPOINTMENT IN PROVISIONAL
- PRINCIPLE OF DUE PROCESS

## INTRODUCCION

Esta disertación jurídica permitirá al lector en primer lugar dar respuesta al interrogante de *si es necesaria la motivación de los actos administrativos de retiro de los Empleados públicos que se encuentran en provisionalidad para no menoscabar el principio del debido proceso* y en segundo lugar el descubrir las razones planteadas tanto por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional como por la doctrina frente a la importancia de la promulgación de actos administrativos y decisiones motivadas tanto para empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores al servicio de un empleador particular.

Para ello se inicia con la precisión conceptual del principio del debido proceso a partir de la Jurisprudencia Constitucional y la importancia de la motivación como garantía de la efectiva aplicación del debido proceso y el marco histórico de la motivación como elemento esencial del debido proceso, siendo muy importante la recopilación de todos aquellos cambios históricos internacionales que han dado lugar a la evolución legal y constitucional de la motivación de los actos administrativos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, revisando este proceso desde una óptica anterior y posterior a la vigencia de la carta política de 1991. También se abordarán las razones que soportan la motivación de los actos administrativos a partir de la doctrina nacional y se precisará el deber de motivación del acto de retiro de empleados que perteneces a la carrera administrativa frente a la excepción al deber de motivación de los empleos de libre nombramiento y remoción.

Siendo el tema central de nuestro trabajo el estudio de la motivación de los actos administrativos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, se hará un análisis de la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, indicando qué grado de discrecionalidad se aplica a empleos de libre nombramiento y remoción y cuál es el aplicable a empleados en provisionalidad. En este punto se resaltaré la protección que ha otorgado la Corte Constitucional a empleados en provisionalidad a partir de la Sentencia de Unificación SU-917 de 2010 y también se hará relación a los vicios de nulidad a que daría lugar la no motivación de los actos administrativos por los cuales se retira a los empleados en provisionalidad, los cuales serán estudiados tanto a partir de la óptica de la doctrina nacional como de las más recientes jurisprudencias de la Corte Constitucional que en su sentido más amplio catalogan la falta de motivación de la declaratoria de insubsistencia de un provisional como

una causal autónoma de nulidad del acto administrativo susceptible de ser debatida ante la jurisdicción contencioso- administrativa.

Para efectos de destacar el punto de vista de la Corte Constitucional frente a la necesidad de motivación de los actos administrativos de retiro de provisionales como pieza garante del respeto de derechos y garantías constitucionales, nuestro trabajo se ha centrado en el análisis de veinte sentencias proferidas por la Corte Constitucional en fallos tanto de carácter abstracto como en la revisión de tutelas relacionadas con el amparo al derecho fundamental al debido proceso por falta de motivación de las declaratorias de insubsistencia de empleados públicos en provisionalidad de diferentes entidades estatales, principalmente en la Fiscalía General de la Nación. De estas providencias que comprenden el periodo comprendido entre 1998 hasta 2012 se ha construido el trazo jurisprudencial que ha surgido del estudio las *ratio decidendi* de estos diversos fallos. Esta línea se ha desarrollado a partir de la sentencia SU-250 de 1998 hasta el año 2012 con la sentencia T-206.

A partir de lo anterior se expondrá la postura contraria a la Corte Constitucional que ha adoptado el Consejo de Estado en sus diferentes secciones, en especial el cambio jurisprudencial que se ha suscitado en su sección laboral hasta el año 2010 donde aparece un nuevo matiz en aplicación de la ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario. No obstante se resalta la continua preocupación de la Corte Constitucional por lograr que su línea jurisprudencial sea respetada por las diferentes autoridades tanto administrativas como jurisdiccionales, siendo su mayor aspiración que su posición en defensa de la motivación para actos de retiro de los empleados provisionales, se vea reflejada en las decisiones de la jurisdicción contencioso administrativa al realizar el control de legalidad de los actos administrativos demandados, rescatando así el respeto y garantía de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y el respeto a la garantía a la estabilidad laboral. Sin embargo se podrá observar que el máximo Tribunal de lo contencioso Administrativo en este asunto ha dado mayor prioridad al criterio de interpretación legal y exegética y no a la interpretación teleológica y sistema de la constitución que hace en forma acertada nuestra corte constitucional.

Se propone un criterio del grupo frente a la importancia de la motivación de los actos administrativos por los cuales se retira a los empleados en provisionalidad y también con respecto a la importancia de la motivación con relación al respeto de

la garantía y goce de la estabilidad laboral a la que se refiere el artículo 53 de nuestra carta política.

Finalmente se plantean unas conclusiones para inquietar al lector en la profundización de este interesante tema del principio del debido proceso, y ojalá en la búsqueda de los nuevos cambios jurisprudenciales frente a la respuesta del problema jurídico esbozado en esta disertación.

## **PRIMERA PARTE**

### **1. EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO**

#### **1. 1 CONCEPTO DE PRINCIPIO**

El término principio puede entenderse como norma genérica, como valor superior, como criterio de interpretación, como máxima jurídica. “La discusión acerca del valor de los principios jurídicos, entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo se enmarca en algunos de estos campos de uso de este término, específicamente se trata a los principios como fuentes normativas y como máximas que permiten sistematizar y organizar el sistema jurídico”.<sup>1</sup>

El tema de los principios cobra nuevo realce a partir de los procesos de constitucionalización de la Carta de derechos humanos, lo que ha implicado el reconocimiento de preceptos del derecho natural a través del derecho positivo, dándoles un mayor rango de fuerza normativa.

Para abordar este debatido tema del concepto de principio se hace relación a algunas tesis planteadas por diferentes autores muy importantes a nivel mundial que de manera sucinta nos aproximan a la construcción de dicho concepto.

Según Dworkin los principios son conjuntos de estándares que no son normas, se relacionan con la justicia y la equidad y por lo mismo dan razones para decidir en un sentido determinado, ya que su enunciado no indica las condiciones de su aplicación; es el contenido material del principio (su peso específico) el que establece cuando se debe aplicar a un caso puntual. Los principios dan forma a las normas jurídicas, de tal manera que el Juez puede ignorar la norma para salvaguardar un principio que está en entredicho. De acuerdo a esta tesis el Juez al fundamentar la decisión en un principio preexistente, simplemente garantiza el derecho, no crea derecho, ni aplica normas retroactivas.

Dworkin distingue los principios de las reglas porque las reglas se aplica “a todo o nada”, mientras que los principios poseen un conjunto de excepciones que no pueden ser listadas y porque los principios tiene una dimensión de lo que carecen las reglas el peso o importancia.

---

<sup>1</sup> ROJAS, Augusto. Los principios en el Derecho. En Revista Pensamiento Jurídico.

Tanto los principios como las reglas señalan la dirección que deben tomar ciertas decisiones particulares relacionadas con obligaciones jurídicas en circunstancias determinadas. La diferencia entre ellos se encuentra en el carácter de la dirección que imprimen a las decisiones. Las reglas son aplicables “a todo o nada”. Los principios, en cambio no actúan de esta manera. Un principio no pretende establecer las condiciones necesarias para su aplicación. Enuncia la existencia de una razón que permite argumentar en cierto sentido, pero no determina el contenido de una decisión en particular.

Robert Alexy por su parte formula su tesis de que “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización (...) En cambio, las reglas son normas que sólo puede ser cumplidas o no.”<sup>2</sup>

Sobre este particular Arthur Kaufmann en su obra “Filosofía del Derecho” citando a Radbruch plantea que para determinar lo que es justo se requiere de un principio material, a ese principio material éste último lo denominó la finalidad del derecho y esta concierne al interrogante qué es lo que sirve al máximo al bienestar común lo cual a su vez constituye el objeto de la doctrina ética de los bienes y la justicia social.

La doctrina de Radbruch sobre la finalidad del derecho marca un hito en la concepción material de justicia. El fin está relacionado con la ética, la cual se clasifica en la doctrina del deber y la doctrina de los bienes, o sea que el fin del derecho se puede relacionar con los bienes morales como los deberes morales. Radbruch aborda la doctrina ética de los deberes que conduce a exigencias absolutas frente al derecho, él menciona en este lugar fundamental los derechos humanos, cuyo respeto tiene que ser garantizado por cualquier orden sin importar su orientación.

En el análisis desde Aristóteles hasta Kant sobre el bien supremo; Aristóteles habla de la felicidad que se equipara con el principio del buen vivir, Kant habla de una ética absoluta y vinculante; el utilitarismo positivo presenta la cuestión ante todo de cómo se pretende universalizar la felicidad mientras que el utilitarismo negativo, plantea que el más alto mandamiento del orden de justicia consiste en la supresión o reducción del máximo posible de miseria. Si la ética y por ende sobre todo el

---

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales.

derecho se han propuesto liberar al mundo de la miseria entonces este es un fin muy elevado. Menciona una de las más importantes reglas de prioridad para la determinación de aquello que se debe determinar como bien común y de este modo por justicia material. Según la opinión de muchos, los derechos humanos o fundamentales, es aquél componente fundamental de la ética y del derecho que es generalizable y tiene validez universal.

Los principios son demasiado generales, pero tales principios son tópicos muy importantes de la argumentación, y tienen por ende gran peso cuando se trata de la protección de las minorías y de los más débiles.

Las autoras Isabel Goyes y Mónica Hidalgo<sup>3</sup> al realizar un análisis acerca de los principios y su diferencia con las reglas, citando a diversos autores, establecen las siguientes características para los principios:

- “1. Los principios ostentan un mayor grado de indeterminación que las reglas, tanto en su antecedente como en su consecuente.
2. Los principios son normas de aplicación relativa respecto a las circunstancias de hecho que se invoquen.
3. Los principios en su aplicación están sujetos al principio de proporcionalidad y al método de la ponderación.
4. Los principios se presentan bajo la estructura de argumentos normativos, de cuyas características de aceptación y reiteración derivan su validez.
5. Los principios se identifican por vía de interpretación”.

Así mismo nuestra Corte Constitucional expresó: “que los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el Artículo 4º del texto fundamental...”<sup>4</sup>

En otra jurisprudencia, la Corte expresó: “...Los principios constitucionales, a pesar de tener una forma de interpretación y aplicación diversa a las reglas, pues están sujetos a un ejercicio de ponderación, no por ello dejan de ser normas constitucionales, por lo cual deben ser respetados por la ley. Por ende, una disposición legal incompatible con un principio constitucional debe ser declarada inexecutable, en caso de que no admita una interpretación conforme a la Carta. Esta Corporación ha señalado que la fuerza normativa de los principios y valores constitucionales es tan clara que incluso habría que retirar del ordenamiento

---

<sup>3</sup> Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales.

<sup>4</sup> Sentencia T- 406 de 1992

aquellas disposiciones que vulneran el Preámbulo, ya que éste forma parte de la Carta y “goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios”<sup>5</sup>

Es importante tener en cuenta cómo los principios y los derechos fundamentales deben apuntar al valor de la justicia, y este implica a su vez darle un contenido ético al ordenamiento jurídico.

Finalmente, consideramos que el ordenamiento jurídico solo puede armonizarse si se interpreta con fundamento en los valores, principios y derechos fundamentales consagrados en la Carta Fundamental, los cuales deben responder siempre a una doctrina ética, que conduzca a lograr el bien común para la sociedad que es en últimas la finalidad del derecho, y con ello materializar la justicia. Los principios deben direccionar el ordenamiento jurídico y facilitar su armonización e interpretación, buscando siempre el bien común que es en últimas el fin del derecho para la realización de la justicia.

## **1.2 EL DEBIDO PROCESO EN EL AMBITO LABORAL**

En el campo del derecho laboral es de trascendental importancia la aplicación de este derecho fundamental en las relaciones laborales, tanto en el sector público como en el sector privado, toda vez que en los conflictos laborales y en las decisiones que surgen normalmente entre empleadores y trabajadores relacionadas con la terminación de la relación laboral, se hace necesario que se respeten las garantías propias de este derecho como es el caso del derecho de defensa que es componente esencial del debido proceso toda vez que frente a la terminación del vínculo laboral debe otorgársele al trabajador la oportunidad de ser escuchado, especialmente cuando la causa obedezca a comportamientos imputables al trabajador o cuando la terminación del vínculo no obedezca a situaciones objetivas o permitidas por la legislación.

El derecho de defensa implica también la posibilidad de controvertir la tesis del empleador para la terminación del vínculo y solicitar las pruebas que estime convenientes para soportar su defensa. Lo mínimo que debe garantizar todo empleador, público y privado, para ejercer el derecho de defensa, antes de

---

<sup>5</sup> Sentencia C-126/98

imponer una sanción o decidir unilateralmente terminar la relación laboral es expresar las razones de hecho y de derecho que soportan su decisión para poder darle la oportunidad al trabajador de plantear su versión de los hechos y controvertir la tesis que se plantea, pues lo contrario sería permitir que la terminación unilateral de la relación laboral caiga en el campo de la arbitrariedad; otorgando un mayor poder al empleador en la relación laboral, además del que ya ostenta en razón de ser la parte dominante de la relación.

El debido proceso tiene que ver con el respeto a las formalidades que deben seguirse para la terminación de la relación laboral definidas legal y jurisprudencialmente en el sector público y esbozadas jurisprudencialmente para el sector privado. Pero de todas maneras, teniendo en cuenta que el debido proceso como derecho fundamental en nuestro Estado Social de Derecho debe tenerse siempre en cuenta no solo en el sector público en tratándose de empleados públicos y trabajadores oficiales, sino también este derecho debe irradiar la esfera de las relaciones laborales privadas, toda vez que la relación laboral es una relación de subordinación y en consecuencia como derecho fundamental protegido a través de la acción de tutela.

Además el desconocimiento al debido proceso conlleva tácitamente a la vulneración al derecho fundamental del trabajo, porque en la terminación del vínculo laboral donde se ha desconocido el debido proceso se afecta este derecho en uno de sus principios como lo es la estabilidad laboral de que tratan el Artículo 53 y 125 Constitucionales, en razón a que todo trabajador tanto del sector público como del sector privado cuando ha cumplido cabalmente con sus funciones y labor encomendada aspira a que su relación laboral continúe si se mantiene las causas que la originaron, lo contrario implicaría afectar la estabilidad laboral a la que aspira todo trabajador, entendiendo aquí el trabajo no solamente como medio de subsistencia sino de realización personal.

El debido proceso también tiene dos enfoques uno desde el punto de vista adjetivo que se refiere al respeto de las garantías propias del proceso tales como la motivación de las decisiones, el derecho de defensa, el derecho de contradicción, la garantía de la doble instancia, juez natural; y un enfoque sustantivo de gran envergadura, que se refiere a que el debido proceso conduzca a una decisión que se aproxime a ser verídica, justa y razonable.

### 1.3 CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DEL DEBIDO PROCESO

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado reiteradamente acerca del contenido, elementos y características del derecho al debido proceso, el cual es considerado uno de los pilares fundamentales del Estado social y constitucional de Derecho. Es así como en la Sentencia C-089/11<sup>6</sup> se desarrolla el Concepto del debido proceso desde su connotación de derecho fundamental prevista en el Artículo 29 según la cual “toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” deben desarrollarse con respeto de las garantías inherentes al derecho fundamental del debido proceso. En ese sentido el ámbito de aplicación del debido proceso se extiende también a todas las actuaciones, procedimientos y procesos administrativos que conllevan consecuencias para los administrados.

Además ha integrado este carácter constitucional del derecho fundamental al debido proceso con distintas normas de derecho internacional tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos en sus artículos 10 y 11, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en sus artículos XVIII y XXVI, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 14 y 15, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 8, y su consiguiente desarrollo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien ha expresado que el principio del debido proceso se aplica también a procedimientos de carácter civil y administrativo, lo cual ha sido reconocido por la Corte Constitucional como una pauta de interpretación respecto a la aplicación y alcance de tales derechos constitucionales.

La Corte ha definido el derecho al debido proceso, *“como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.”*<sup>7</sup>

La Corte ha destacado, como elementos del debido proceso los siguientes:

- Acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia, con el fin de lograr una pronta resolución judicial y el derecho a la jurisdicción.
- Juez natural

---

<sup>6</sup> Sentencia C-089/11, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

<sup>7</sup> Sentencia C-980 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

- Las garantías inherentes a la legítima defensa.
- La determinación y aplicación de trámites y plazos razonables.
- Garantía de imparcialidad.

En armonía con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha insistido en que para el desarrollo de cualquier actuación judicial o administrativa, la garantía del debido proceso exige la existencia de un procedimiento previamente establecido en la ley, de manera que este derecho fundamental constituye un desarrollo del principio de legalidad, garantizando un límite al poder del Estado, de manera que se deban respetar las formas propias de cada juicio y la garantía de todos los derechos fundamentales, preservando por tanto “valor material de la justicia” en armonía con los artículos 1º y 2º Superiores.

Específicamente en materia administrativa, la jurisprudencia de la Corte ha establecido que los principios generales que informan el derecho fundamental al debido proceso se aplican igualmente a todas las actuaciones administrativas que desarrolle la administración pública en el cumplimiento de sus funciones y realización de sus objetivos y fines, de manera que se garantice: (i) el acceso a procesos justos y adecuados; (ii) el principio de legalidad y las formas administrativas previamente establecidas; (iii) los principios de contradicción e imparcialidad; y (iv) los derechos fundamentales de los asociados. Todas estas garantías se encuentran encaminadas a garantizar el correcto y adecuado ejercicio de la función pública administrativa, de conformidad con los preceptos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes y los derechos de los ciudadanos, y con el fin de evitar posibles actuaciones abusivas o arbitrarias por parte de la administración a través de la expedición de actos administrativos que resulten lesivos de derechos o contrarios a los principios del Estado de Derecho.<sup>8</sup> En este mismo sentido, esa Corporación ha sostenido que estas garantías inherentes al debido proceso administrativo constituyen un contrapeso al poder del Estado en las actuaciones que desarrolle frente a los particulares.

De otra parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha expresado que de la aplicación del principio del debido proceso administrativo se derivan consecuencias importantes, tanto para los asociados, como para la administración pública. Desde la perspectiva de los asociados, del derecho al debido proceso se desprenden las

---

<sup>8</sup>Sobre estos temas consultar entre otras las sentencias T-442 de 1992, T-120 de 1993, T-020 y T-386 de 1998, T-1013 de 1999, T-009 y T-1739 de 2000, T-165 de 2001, T-772 de 2003, T-746 de 2005 y C-1189 de 2005.

garantías de (i) conocer las actuaciones de la administración; (ii) pedir y controvertir las pruebas; (iii) ejercer con plenitud su derecho de defensa; (iv) impugnar los actos administrativos, y (v) gozar de las demás garantías establecidas en su beneficio.

En lo que respecta a la administración, todas las manifestaciones del ejercicio de la función pública administrativa se encuentran cobijadas por el debido proceso, tales como (i) la formación y ejecución de actos administrativos; (ii) las peticiones presentadas por los particulares; y (iii) los procesos que se adelanten contra la administración por los ciudadanos en ejercicio legítimo de su derecho de defensa.

Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre las *garantías previas y posteriores* que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa. Las *garantías mínimas previas* se relacionan con aquellas garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro lado, las *garantías mínimas posteriores* se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa.

De esta manera el derecho al debido proceso administrativo se vulnera por parte de las autoridades públicas, cuando estas no respetan las normas sustanciales y procedimentales previamente establecidas por las leyes y los reglamentos y con ello se vulnera de contera el derecho de acceso a la administración de justicia.

En síntesis, el derecho fundamental al debido proceso en su aplicación a las actuaciones de la administración pública y los procedimientos administrativos exige a la administración pública respeto total de la Constitución en sus artículos 6º, 29 y 209 Superiores, que rigen el ejercicio de las funciones públicas y administrativas y garantizan los derechos de los administrados.

## **2. LA MOTIVACION COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL DEBIDO PROCESO**

La motivación de los actos administrativos es una carga que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a la administración, según la cual ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su actuar en determinado sentido. Así, el deber de motivar los actos administrativos, salvo excepciones precisas, se revela como un límite a la discrecionalidad de la administración.

### **2.1 MOTIVOS, MOTIVACION Y CONTROL DE LEGALIDAD**

El motivo es la causa, el hecho determinante, “los antecedentes y circunstancias de hecho o de derecho que, en cada caso, llevan a dictarlo y existen en el momento de la expedición”, según indica Marienhoff en su Tratado de Derecho administrativo.

Según el tratadista Jairo Villegas Arbeláez:

“La motivación es la forma o el medio de expresión directa y razonada o de justificación, dentro del propio Acto, de los motivos y su aplicación en relación con la norma.

El motivos, causa o hecho determinante, es lo objetivo, en tanto la motivación es la apreciación subjetiva del motivo en su relación con la norma”.<sup>9</sup>

La característica especial es que todo acto administrativo tiene un motivo, sometido a control de legalidad jurisdiccional como garantía del ciudadano, y otro distinto, los razonamientos, justificaciones o apreciaciones que sobre ese motivo se expresan mediante la motivación del acto.

### **2.2 NECESIDAD DE MOTIVACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

El acto administrativo no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el

---

<sup>9</sup> Jairo Villegas Arbeláez- Derecho Laboral Administrativo

administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

“La motivación del acto, contenida dentro de lo que usualmente se denomina “los considerandos” del acto, es una declaratoria de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación, o sea los motivos o presupuestos del acto: constituye por lo tanto la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad”.<sup>10</sup>

No constituye por tanto motivación, la simple, genérica y abstracta invocación de conceptos indeterminados como el “buen servicio”, sino por el contrario, para que haya motivación se deben expresar los hechos antecedentes y determinantes, los motivos, la justificación fáctica y jurídica de la decisión.

Tampoco constituye motivación, la simple cita de las normas, como lo advierte la Corte Constitucional:

“(…) la cita de las normas no equivale a motivación; para una desvinculación, el nominador debe enumerar con claridad las causas y hechos que motivaron el retiro”.<sup>11</sup>

## **2.3 ANTECEDENTES HISTORICOS EN LA MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

### **2.3.1 ABSOLUTISMO EN LA MONARQUIA**

La motivación de los actos administrativos es una elaboración relativamente actual. En el antiguo régimen español no se exigía ni siquiera para las sentencias judiciales porque la motivación se consideraba incompatible con el prestigio de la autoridad (Novísima Recopilación, Libro XI, Título XVI, Ley VIII, que se proyecta

---

<sup>10</sup> Sentencia SU- 250-98

<sup>11</sup> Idem

en la Legislación Indiana). A su vez, en el derecho administrativo español, a finales del siglo pasado la motivación se consagró por primera vez en la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo el 19 de octubre de 1889. Pero fueron tímidas exigencias.

En el sistema Napoleónico imperial se consideraba innecesario motivar expresamente los actos administrativos. Esas posiciones llevaron al reconocimiento de la discrecionalidad para una buena cantidad de actos administrativos, (p. ej. en el caso de algunos nombramientos y retiros de funcionarios públicos).

### **2.3.2 DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO**

El absolutismo quedó atrás y surgió el nuevo concepto de Estado de Derecho, lo que con la proclamación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, fue la base de la nueva forma de organización política y jurídica.

### **2.3.3 CAMBIOS EN EL DERECHO PÚBLICO ESPAÑOL Y FRANCES**

Pero, ante los abusos por la no exigencia de motivación, dice Gaston Jéze que el mismo "*derecho público francés ha sido constantemente modificado, después del siglo XIX, incluyéndose restricciones y limitaciones cada vez más severas y estrictas*". A su vez, en el derecho administrativo español, fue consagrada la motivación por primera vez en la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo de 1889.

### **2.3.4 LA DOCTRINA ITALIANA Y SU REPERCUSIÓN EN LA COMUNIDAD EUROPEA**

La doctrina italiana otorga particular relieve a la motivación de los actos administrativos, planteando que en éstos son siempre relevantes la causa legal o jurídica y los motivos o móviles particulares. Su influencia llega al Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de septiembre de 1977 recomendando a sus integrantes el principio según el cual:

*"cuando un acto administrativo es susceptible de afectar a los derechos, libertades o intereses, el administrado debe ser informado de los motivos sobre los que se funda. Esta información será facilitada por indicación de los motivos en el*

*propio acto, o bien a requerimiento del interesado, mediante comunicación escrita en un plazo razonable".*

Algunos países ya los habían preceptuado, otros lo efectuaron.

## **2.4 LA MOTIVACION EN EL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO DE 1984**

En la normatividad Colombiana, en el anterior Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 1984- Artículo 35, se establecía que las decisiones que afecten a los particulares deben estar motivadas por lo menos sumariamente. Esto tenía fundamento constitucional en los artículos 2 y 16 de la Carta de 1886. Dicha motivación es la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y este es punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad.

Así mismo el Artículo 84 del Código consagra las causales de nulidad del acto administrativo en las cuales se destacan la falta de motivación y la desviación de poder. Se demuestra en ambas causales la necesidad de motivación.

También se ha tocado lo de la discrecionalidad cuando se estableció la razonabilidad de las decisiones discrecionales en el artículo 36 del Código. *"En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa".*

Sin embargo, no se puede minimizar el hecho de que, anticipándose a la doctrina y a las recomendaciones hechas en Europa y antes enunciados, en Colombia, en la reforma administrativa de 1968, se le salió al paso a la arbitrariedad con una disposición muy importante, es la contenida en el artículo 26 del decreto 2400 de 1968, que pese a establecer que en los casos de funcionarios que no pertenezcan a una carrera se puede declarar la insubsistencia sin motivar la providencia, de todas maneras exige que : *"deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida".*<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Sentencia SU- 250-98

## 2.5 LA MOTIVACION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO

Hoy en nuestro país, en la Constitución de 1991, la motivación, que es expresión del principio de publicidad, es constitucionalmente recogida en el artículo 209 "*La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...*".

La Constitución de 1991 dispuso al Estado como social de derecho, es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo. Es la desviación de poder que se contempla el artículo 84 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo vigente, como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos, y que antes se deducía del artículo 66 del anterior Código, cuando se hablaba de abuso o desviación en las funciones propias del funcionario público.

El ordenamiento jurídico contemporáneo prevé un control jurisdiccional al acto que afecta intereses protegidos de los administrados, mediante el examen de los hechos antecedentes que hacen posible la aplicación de la norma jurídica que dota a la administración de menor o mayor grado de discrecionalidad.

Es decir, la discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta. Por lo tanto en el acto administrativo debe integrarse lo que es discrecional de lo que es regla de derecho que le rodean, para encausarle, dirigirlo y sobre todo limitarlo. Y es que la teoría del uso del poder discrecional, a pesar de los preceptos consignados en el Código Contencioso Administrativo y en la Constitución de 1991, acusa todavía visiblemente el lastre de su origen autoritario. Aun hoy hay quienes creen en la vieja equiparación de los discrecional y lo que no requiere justificación.

Aunque el constitucionalismo de nuestros días es radicalmente incompatible con la arbitrariedad que se manifiesta en el reconocimiento de poderes exentos de justificación es indiscutible que esta nueva fe no ha logrado terminar del todo el culto a los viejos ídolos, que siguen inconscientemente practicándose con toda

naturalidad en una suerte de sincretismo al que es urgente ya poner fin, en esta sociedad cuyo Estado se define como social de derecho.

## **2.6 LA MOTIVACIÓN EN COLOMBIA, DESPUÉS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991**

La Corte Constitucional ha sido exigente en el deber de motivar los actos administrativos. En la sentencia C-054/96, se dijo que la motivación "*no contradice disposición constitucional alguna y, por el contrario, desarrolla el principio de publicidad, al consagrar la obligación de expresar los motivos que llevan a una determinada decisión, como elemento esencial para procurar la interdicción de la arbitrariedad de la administración*".

No podía ser de otra manera. En la Asamblea Nacional Constituyente en 1991 el doctor Juan Carlos Esguerra fue enfático al exigir que la actividad administrativa se rija por el principio de la publicidad, el cual fue recogido en el texto definitivo del inciso 1º del artículo 209 de la C.P.

## **2.7 LEY 909 DE 2004 Y DECRETO REGLAMENTARIO 1227 DE 2005 ART. 10**

Es reglada la competencia para el retiro de empleados de carrera, de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado- Art. 41 par. 2º-

## **2.8 RAZONES PARA LA MOTIVACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

Según el tratadista Jairo Villegas Arbeláez, en su obra Derecho Administrativo Laboral existen las siguientes razones que soportan la motivación de los actos administrativos relacionadas especialmente con el retiro de empleados públicos en provisionalidad:

-Razón de Derecho laboral Internacional

- Razón del Control Judicial de la potestad discrecional
- Razón de Publicidad
- Razón derivada del debido proceso
- Razón derivada de la afectación de derechos individuales
- Razón de prueba de legalidad del acto
- Razón de la buena fe.

### **2.8.1 RAZÓN DE DERECHO LABORAL INTERNACIONAL**

Existe el Convenio 158 de 1982 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo a iniciativa del empleador, el cual preceptúa no solo la existencia de una causa justificada sino además que incumbe al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación.<sup>13</sup> Hace parte de este Convenio la Recomendación 166 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra en la 68ª reunión del 22 de junio de 1982, en la cual a partir del numeral 7 se estipulan los procedimientos previos a la terminación de la relación de trabajo.<sup>14</sup>

---

12. Artículo 4 “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

Artículo 7 “No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”.

<sup>14</sup> “PROCEDIMIENTOS PREVIOS A LA TERMINACIÓN O EN OCASIÓN DE ÉSTA

7. No debería darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por una falta cuya índole, en virtud de la legislación o la práctica nacional, sólo justificaría la terminación en caso de reincidencia una o varias veces, a menos que el empleador haya prevenido por escrito al trabajador de manera apropiada.

8. No debería darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por desempeño insatisfactorio, a menos que el empleador le haya dado las instrucciones apropiadas y le haya advertido por escrito y el

El Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales- Protocolo de San Salvador- aprobado con la Ley 319 de 1996, proscribire el despido injustificado. Igual concepto lo consigna la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales- Bogotá 1948.

La Carta Iberoamericana de la función pública del 2003 preceptúa: “la concurrencia de circunstancias o decisiones de exclusiva apreciación discrecional, no serán por sí mismas, causas suficientes para justificar despidos o rescisiones del empleo.”

## **2.8.2 RAZÓN DEL CONTROL JUDICIAL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL**

“En el Estado de Derecho la administración está sometida al derecho. La discrecionalidad administrativa es una potestad jurídica, dentro y por la ley y no al margen de la ley, concreta y no abstracta, relativa y no absoluta, limitada y no infinita, dado que debe ser adecuada a la norma y proporcional a los hechos que

---

trabajador siga realizando su labor en forma insatisfactoria después de haber transcurrido un período razonable para que la mejore.

9. Todo trabajador debería tener derecho a contar con la asistencia de otra persona cuando, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, se defienda de cargos acerca de su conducta o su trabajo que puedan llevar a la terminación de su relación de trabajo; este derecho puede ser regulado por los métodos de aplicación previstos en el párrafo 1 de la presente Recomendación.

10. Se debería considerar que el empleador ha renunciado a su derecho de dar por terminada la relación de trabajo de un trabajador a causa de una falta de éste si no hubiera adoptado esta medida dentro de un período razonable desde que tuvo conocimiento de la falta.

11. El empleador podría consultar a los representantes de los trabajadores antes de adoptar una decisión definitiva en los casos de terminación individual de la relación de trabajo.

12. El empleador debería notificar por escrito al trabajador la decisión de dar por terminada su relación de trabajo.

13. (1) El trabajador a quien se haya notificado la terminación de su relación de trabajo o cuya relación de trabajo se haya dado por terminada debería tener derecho a que su empleador le extienda, a su pedido, una constancia por escrito en la que se exponga el motivo o los motivos de tal terminación.

(2) No será necesario aplicar la disposición del subpárrafo 1) del presente párrafo en los casos de terminación colectiva que se produjeran por los motivos mencionados en los artículos 13 y 14 del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, a reserva de que se observen los procedimientos en ellos previstos”.

le sirven de causa y que no existe potestad sin control jurisdiccional pleno y real, dado el principio de separación de las ramas y de control/ equilibrio del poder”<sup>15</sup>.

Al respecto el profesor García de Enterría señala:

“Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata (...).

(...) En el control de la realidad de los hechos determinantes radica una de las posibilidades más eficaces de control judicial de las potestades discrecionales”.

Estos hechos que le sirven de causa a la decisión discrecional –Decreto Ley 2400 de 1969, Art. 26- para poder ser controlada, impugnada por el afectado y juzgada plena y objetivamente por el Juez administrativo, obviamente que deben ser revelados por la administración y conocidos por el empleado afectado, dado que no podría haber derecho de defensa ni de impugnación ni de justiciabilidad plena sobre la proporcionalidad de los hechos y de la adecuación de la norma que autoriza lo discrecional, si los hechos determinantes no se conocen, se ocultan.

### **2.8.3 RAZÓN DE PUBLICIDAD**

La motivación responde al principio de publicidad, entendiendo por tal la instrumentación de la voluntad como lo enseña Agustín Gordillo quien resalta su importancia así:

*"La motivación del acto, contenida dentro de lo que usualmente se denomina "los considerandos" del acto, es una declaratoria de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación, o sea los motivos o presupuestos del acto; constituye por lo tanto la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad. De la motivación sólo puede prescindirse en los actos tácitos, pues allí no hay siquiera una manifestación de voluntad; salvo en ese caso, ella es tan necesaria en los actos escritos como en los actos verbales.*

---

<sup>15</sup> Jairo Villegas Arbeláez- Derecho Laboral Administrativo

*Por tratarse de una enunciación de los hechos que la administración ha tenido en cuenta, constituye frente a ella un "medio de prueba en verdad de primer orden", sirviendo además para la interpretación del acto.*

*La explicación de las razones por las cuales se hace algo es un elemento mínimo a exigirse de una conducta racional en un Estado de derecho; no creemos en consecuencia que la motivación sea exigible sólo de los actos que afectan derechos e intereses de los administrados, resuelvan recursos, etc., como sostiene alguna doctrina restrictiva; todos los actos administrativos a nuestro modo de ver, necesitan ser motivados. De cualquier manera, en lo que respecta a los "actos administrativos que son atributivos o denegatorios de derechos", es indiscutida e indiscutible la necesidad de una "motivación razonablemente adecuada", como tiene dicho la Procuración del Tesoro de la Nación."*

La publicidad, además, está ligada a la transparencia, así lo señala Luciano Parejo:

*"En la actuación y, por tanto, en el procedimiento administrativo existe una tensión específica entre el secreto y la reserva, a los que tiende por propia lógica la Administración, y la publicidad, que busca la transparencia como una técnica más al servicio tanto de la objetividad y del sometimiento pleno a la Ley y al Decreto de ésta en su acción, como de la prosecución efectiva del interés general.*

Esa necesidad de motivar los actos (salvo excepciones expresamente consagradas), se integra a la publicidad, entendida como lo contrario al secreto o reserva. Por eso el retiro debe motivarse, porque si ello no ocurre materialmente no hay publicidad y se viola por tanto el debido proceso.

#### **2.8.4 RAZÓN DERIVADA DEL DEBIDO PROCESO**

Al no motivarse el acto administrativo se viola el debido proceso consagrado en el Artículo 29 de la Constitución porque se coloca en indefensión a la persona

afectada, ya que no puede hacer una real defensa jurídica y esto repercute en el acceso a la justicia establecido en el Artículo 229 de la Carta.<sup>16</sup>

En cuanto al debido proceso administrativo, el Estado le debe a la persona, como derecho prestacional, el derecho a un proceso justo y adecuado, es decir que antes de privar a alguien de un bien jurídico debe haber una actuación del Estado que nunca puede implicar restricciones a los derechos fundamentales. Esto significa una muralla a los abusos que puede cometer la administración.

### **2.8.5 RAZON DERIVADA DE LA AFECTACIÓN DE DERECHOS INDIVIDUALES**

Dado el postulado jurídico según el cual es finalidad de las autoridades administrativas la protección de los derechos de los administrados y en especial de los trabajadores, por ello la regla de la motivación “al menos en forma sumaria” si afecta particulares. (Artículo 2º de la Constitución- Artículo 35 del C.C.A.)

### **2.8.6 RAZÓN DE PRUEBA DE LA LEGALIDAD DEL ACTO**

En el control judicial del acto administrativo la carga de la prueba se distribuye entre la administración que produjo el acto y debe probar los supuestos de hecho en él contenidos y su correspondencia con el derecho y el demandante debe probar la aducida ilegalidad de los motivos.

### **2.8.7 RAZÓN DE LA BUENA FE**

Constitucionalmente la función administrativa debe desarrollarse de acuerdo con el principio de moralidad y buena fe. Contiene el deber de dar a conocer el motivo

---

<sup>16</sup> Sentencia SU-250-98

o constancia de los hechos y de las causas de su decisión lo que se viola cuando se oculta.

## **2.9 MOTIVACIÓN CONCURRENTENTE Y MOTIVACIÓN POSTERIOR**

En algunas ocasiones se puede dar una motivación posterior. Por supuesto que lo normal es que sea concomitante con el acto administrativo y esté incluida la motivación dentro de aquél para que así sea más claro el principio de publicidad. Sin embargo, está el caso ya expresado del artículo 26 del decreto 2400 de 1968 que exige dejar constancia del hecho y de las causas del retiro en la respectiva hoja de vida del servidor público de libre nombramiento y remoción a quien se declara insubsistente. Esta sabia determinación evita el abuso del derecho y la desviación del poder. Ramón Parada hace esta reflexión:

*"Entre los supuestos clásicos en que la jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha apreciado la concurrencia del vicio de la desviación de poder, se citan los actos dirigidos a evitar la ejecución de la cosa juzgada, los que comportan un fraude de ley, los inspirados por móviles extraños a todo interés público, los dictados en favor de un tercero o de una categoría de terceros, los que se adoptan con fines electorales, los inspirados por la pasión política, los dirigidos a un fin público, pero distinto de aquél para el que la potestad o competencia fue atribuida (como, por ejemplo, cuando se utilizan poderes sancionadores con fines fiscales), y, en último lugar, los actos dictados con marginación del procedimiento legalmente establecido para eludir las reglas de la competencia o una determinada garantía en favor de un particular, o para conseguir una economía de tiempo o de dinero en favor de la Administración."*

## **2.10 EL DEBER DE MOTIVACION DEL ACTO DE RETIRO- REGLA GENERAL PARA EMPLEOS QUE PERTENECEN A CARRERA**

“Todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna. Y si los hubiere, carecen de validez (...)”<sup>17</sup>

“Empleos que pertenezcan a la carrera: empleados inscritos y provisionales: La respuesta es contundente: (...) necesariamente debe haber motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en uno de los empleos que no son de libre nombramiento y remoción”<sup>18</sup>

## **2.11 EXCEPCION AL DEBER DE MOTIVACION: EMPLEO NO PERTENECIENTE A UNA CARRERA Y CONSTANCIA EN LA HOJA DE VIDA**

Adviértase que jurídicamente toda excepción por su naturaleza restrictiva, debe ser expresa en la norma que la autoriza como es la competencia discrecional restringida y consagrada exclusivamente con criterio objetivo sobre “empleo (...) que no pertenezca a una carrera o empleos de libre nombramiento y remoción” (Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968) Por lo tanto el intérprete no puede alterar la excepción ni la competencia objetiva, para en su lugar consagrar la subjetiva o en función de que el empleado no esté inscrito en carrera como sucede jurisprudencialmente.

Conforme al inciso 1º del Artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968 y al Artículo 41 párrafo 2 de la ley 909 de 2004, existe la excepción de la competencia discrecional sobre “empleo (...) que no pertenezca a una carrera o “en empleos de libre nombramiento y remoción” en los que procede la insubsistencia “sin motivar la providencia” o “mediante acto no motivado”, aunque “sin embargo deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que la ocasionaron en la respectiva hoja de vida”.

---

<sup>17</sup> Sentencia C-764/0)

<sup>18</sup> Ibídem.

Como consecuencia de la inobservancia de la obligación legal según la cual “debe dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron” procede la nulidad del acto de insubsistencia por desconocimiento del derecho de defensa y por expedición en forma irregular del acto administrativo.

**SEGUNDA PARTE**  
**3. LA MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE RETIRO DE**  
**SERVIDORES PUBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS**  
**DE CARRERA ADMINISTRATIVA**

**3.1 ARBITRARIEDAD Vs. DISCRECIONALIDAD**

Refiriéndose al caso español, cuyas consideraciones son plenamente aplicables al escenario colombiano, el profesor Tomás Ramón Fernández señala:

*“La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre la discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que se sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal.* Lo no motivado es ya por este sólo hecho, arbitrario, como con todo acierto concluyen las Ss. de 30 de junio de 1982 y 15 de octubre y 29 de noviembre de 1985, entre otras.

Señaló que la motivación es una garantía elemental del derecho de defensa, incluida en el haz que comprende el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a obtener una resolución fundada en el Derecho.

**3.2 LA DISCRECIONALIDAD RELATIVA Y LA EXCEPCIÓN A LA MOTIVACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS**

El ordenamiento jurídico acepta que en ciertas decisiones el deber de motivar los actos se reduzca o se atenúe, pero como situación excepcional que ha de ser consagrada constitucional o legalmente y, siempre debe responder a fundamentos objetivos y razonables coherentes con los principios que rigen la función administrativa.

En la Sentencia C-371 de 1999, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de dos normas del Código Contencioso Administrativo, precisando la regla según la cual:

*“todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal [o constitucional] deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna. Y, si los hubiere, carecen de validez, según declaración que en cada evento hará la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la sanción aplicable al funcionario, precisamente en los términos de la disposición examinada”.*

Con todo, en el Estado de Derecho no tiene cabida la noción de discrecionalidad absoluta sino que únicamente es admisible la discrecionalidad relativa, lo cual supone el deber de “apreciar las circunstancias de hecho, la oportunidad y la conveniencia dentro de las finalidades inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la disposición que autoriza la decisión discrecional”. Así fue precisado por la Corte desde la Sentencia C-734 de 2000<sup>19</sup>, al indicar:

“De lo hasta aquí expuesto puede concluirse que la discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional”.

La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aun cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 84 del CCA.

---

<sup>19</sup> La Corte declaró exequible el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, por el cual se modificaron las normas relativas a la administración de personal civil.

### **3.3 PROTECCION CONSTITUCIONAL A EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD DE ACUERDO A LA DOCTRINA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL<sup>20</sup>**

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

En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas.

La protección a provisionales se ha dado bajo estos argumentos:

1º- El respeto a los principios constitucionales: Estado de derecho, garantía del derecho fundamental al debido proceso, principios democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública.

2º- No existe ninguna ley o norma con fuerza material de ley que exonere a los nominadores del deber de señalar las razones para el retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad, por lo que debe apelarse a la regla general sobre la motivación de los actos administrativos.

3º- El artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley, de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad.

---

<sup>20</sup> Sentencia SU-917-10

Las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o constitucional, de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyado en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que “sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores”.

La Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es “reglada” y “deberá efectuarse mediante acto motivado”, mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia “discrecional” mediante “acto no motivado”.

Cabe aclarar, en consecuencia, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos actos.

4º- El hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia. En este sentido la Corte precisa que aun cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que si tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.

5º- Como no existe una ley que considere los cargos de provisionalidad asimilables a los cargos de libre nombramiento y remoción, no tiene cabida una interpretación analógica en esta dirección.

En este sentido la Corte considera, de un lado, que quien ejerce un cargo en provisionalidad no puede asimilarse a un empleado vinculado en carrera, ni pretender que le sean aplicables los derechos que de ella emanan, pues es claro que no se ha sometido a las reglas que impone la ley para gozar de tales

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

En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión.

### **3.4 LA NO MOTIVACION EN EL RETIRO DE EMPLEOS PERTENECIENTES A LA CARRERA ADMINISTRATIVA QUE DA LUGAR A VICIOS DE NULIDAD SEGÚN LA DOCTRINA**

Según el tratadista Jairo Villegas Arbeláez<sup>21</sup>, en el caso de insubsistencia discrecional ejercida sobre empleo perteneciente a una carrera, se configurarían los siguientes vicios de nulidad del acto:

-Por Incompetencia material

-Por falta de motivación

#### **3.4.1 POR INCOMPETENCIA MATERIAL**

Dado que la facultad discrecional ejercitada, carece del requisito legal de norma que la autorice, pues laboralmente es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera (Ley 909/04 Art. 41 par. 2º) y la discrecionalidad únicamente está autorizada sobre “empleos del servicio civil que no pertenezcan a una carrera” o “en empleos de libre nombramiento y remoción” (Decreto Ley 2400 de 1968, Art. 26) por tanto, no está autorizada sobre empleos que sí pertenezcan a una carrera.

---

<sup>21</sup> Jairo Villegas Arbeláez- Derecho Laboral Administrativo

El Consejo de Estado- Sección II Subsección A, en Sentencia de 15 de agosto de 2002- Expediente. 745/01, expresó que:

“(…) no es posible acudir a la figura de la discrecionalidad como tal, pues no puede dársele el mismo tratamiento a un empleo provisional que a uno de libre nombramiento y remoción”

Es esta una causal de nulidad autónoma, prevista en el Código Contencioso Administrativo y se configura cuando el Acto “haya sido expedido por funcionario (…) incompetente, en la modalidad de incompetencia por carencia del factor material, cuando se trata de empleo perteneciente a carrera administrativa, por ejercitarse por el funcionario sin que exista “norma que la autorice”, es decir, sin tener autorizada la potestad discrecional cuando se trata de empleo que sí pertenece a una carrera.

### **3.4.2 POR FALTA DE MOTIVACIÓN**

Por tratarse de empleo perteneciente a una carrera y no ser por lo tanto de competencia discrecional, por no estar autorizada, pues solo está autorizada exclusivamente sobre empleos del servicio civil que no pertenezcan a una carrera o en empleos de libre nombramiento y remoción, la decisión no es discrecional e inmotivada, sino directamente motivada en el propio acto, tal como lo ordena el Artículo 41 párrafo 2º de la Ley 909 de 2004:

“Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera (..) y deberá efectuarse mediante acto motivado”.

Siempre que se trate de empleo perteneciente a una carrera, debe motivarse el acto de retiro, tanto cuando media inscripción, como cuando existe provisionalidad.

### 3.5 NULIDAD POR FALTA DE MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE RETIRO DE CARGOS EN PROVISIONALIDAD SEGÚN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL<sup>22</sup>

“La falta de motivación de los actos de insubsistencia o retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad involucra, por esa sola circunstancia, un vicio de nulidad, en la medida en que, además de la violación del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CP), desconoce otras normas de superior jerarquía como la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 CP), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (art. 209 CP), donde se hace imperativo asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva”.

La Corte Constitucional ha precisado en forma reiterada que la motivación es un requisito de validez donde los actos que carecen de ella están viciados de nulidad.

En sentencia T-736 de 2009, la Corte subrayó la manera categórica lo siguiente:

“La Corte ha subrayado la necesidad de expresar las razones con fundamento en las cuales se declara insubsistente a un funcionario o a una funcionaria nombrada en provisionalidad para desempeñar un cargo de carrera porque resulta indispensable para garantizar el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso. Ha dicho, en este orden de ideas, que una de las consecuencias del Estado social de derecho se manifiesta, justamente, en la obligación de motivar los actos administrativos pues sólo así los jueces, en el instante en que deben realizar su control, pueden verificar si dichos actos se ajustan o no a los preceptos establecidos en el ordenamiento jurídico. De lo contrario, se presenta la desviación de poder prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y, en tal sentido, se configura una causal autónoma de nulidad del acto administrativo que no contenga la motivación”. (Resaltado fuera de texto).

Teniendo en cuenta que la falta de motivación en general de todo acto administrativo acarrea una consiguiente desviación de poder, la Corte

---

<sup>22</sup> Sentencia SU-917-10

Constitucional ya desde la Sentencia SU-250 de 1998 (sobre retiro de empleados en provisionalidad), refiriéndose a las posturas doctrinales como las de García Trevijano y García de Enterría, ha expresado que la motivación de todo acto administrativo es esencial, es decir es un requisito de fondo, que permite desenmascarar las posibles desviaciones de poder.

En dicha providencia se cita lo expresado por García de Enterría:

*"La motivación, como ya dijimos, es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente : la motivación es interna corporis, no externa ; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo). Quiere decirse que la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión. (...). Es lo que en Derecho francés suele llamarse la publicación de fórmulas passe-partout o comodines, que valen para cualquier supuesto y no para el supuesto determinado que se está decidiendo. (...) En la misma línea y con especial energía se sitúa la doctrina del Tribunal Constitucional (así, la Sentencia, antes citada, de 17 de julio de 1981: "la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un requisito del acto de sacrificio de derechos" ; lo mismo la Sentencia de 16 de junio de 1982 : "debe realizarse con la amplitud necesaria para el debido conocimiento de los interesados y su posterior defensa de derechos"). La expresión "sucinta", que contiene el artículo 54, no puede interpretarse en el sentido de que basta apuntar un principio de motivación, aunque, como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de junio de 1982, "la doctrina del Tribunal Supremo ha precisado que la motivación escueta o sucinta, si es suficientemente indicativa, no equivale a ausencia de motivación, ni acarrea nulidad".*

En conclusión, la falta de motivación de la declaratoria de insubsistencia de quien ejerce un cargo en provisionalidad conduce a la nulidad del acto por violación de normas superiores, en este caso constitucionales, lo que deberá ser reclamado mediante el uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa.

## TERCERA PARTE

### 4. TRAZO JURISPRUDENCIAL DE SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL RESPECTO AL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO EN LA MOTIVACION DEL ACTO DE RETIRO DE PROVISIONALES

#### 4.1 LISTADO DE SENTENCIAS A ANALIZAR

SU-250-98	T-884-02	T-254-06	T-007-08	C-431-10
T-800-98	T-1206-04	T-653-06	T-1112-08	SU-917-10
C-371-99	T-031-05	T-132-07	T-251-09	SU-691-11
C-734-00	T-222-05	C-279-07	T-736-09	T-206-12

#### 4.2 UBICACIÓN DE LAS SENTENCIAS EN EL TRAZO DESARROLLADO

En el trazo jurisprudencial que se cita a continuación se advierte como la Corte Constitucional fija una posición clara y permanente frente al Interrogante de si es necesaria la motivación de los actos administrativos por los cuales se desvincula a los empleados públicos en provisionalidad; fijando la sub regla constitucional, según la cual se desconoce el derecho fundamental al debido proceso, además de otros derechos y principios constitucionales, cuando el nominador en su decisión de retiro de un empleado público en provisionalidad no informa las razones de hecho y de derecho que la soportan. Y cómo la Corte otorga el carácter de petición autónoma a la acción de tutela que pretende la motivación de actos administrativos de retiro de provisionales, constituyéndose mecanismo idóneo sólo para efectos de exigir tal motivación en protección al principio constitucional del debido proceso.

El trazo jurisprudencial inicia con la Sentencia SU- 250 de 1998, en la cual la Corte Constitucional analiza la tutela interpuesta por una Notaria de Medellín, quien fuere nombrada en provisionalidad y posteriormente desvinculada mediante acto administrativo no motivado, sentencia en la que la Corte plantea la tesis de que la falta de motivación del acto de retiro del servicio de una persona nombrada en interinidad porque aún no se ha realizado el concurso, es una omisión en contra del principio de publicidad y del derecho fundamental del debido proceso y cómo el nominador debe enumerar con claridad las causas que motivan el acto de retiro y que deben a su vez afectar al interés general para que no se desconozcan estas

garantías constitucionales. Dado que esta tesis se sostiene durante doce años sin importantes modificaciones, se constituye como “providencia fundadora” o “punto inicial del trazo”

Se distinguen como “puntos de anclaje jurisprudencial” o “sentencias hito” las siguientes:

-La Sentencia T-800 de 1998. En esta sentencia se conecta la importancia de la motivación con relación al derecho a la estabilidad laboral en razón a que el nominador no puede desvincular al empleado en provisionalidad con la misma discrecionalidad que puede hacerlo con uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello, esto es por motivos disciplinarios o porque se hay provisto el cargo por concurso.

-La Sentencia T- 884 de 2002. Esta providencia es importante con respecto a que precisa que la facultad discrecional no puede ser cumplida de manera arbitraria. Esto es que se debe ejercer esta facultad motivando el acto administrativo donde se indica las razones por las cuales desvincula al empleado en provisionalidad. De lo contrario se estaría atentando contra derechos fundamentales del administrado, al tiempo que se afecta su estabilidad laboral.

-La Sentencia T-653 de 2006, en la cual se definió el derecho fundamental al debido proceso como: “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal<sup>23</sup>. El objeto de esta garantía superior es (i) procurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus actuaciones, y (iii) salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados

-La Sentencia C-279 de 2007, en la cual La Corte declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 73 de la Ley 938 de 2004- Estatuto Orgánico de la Fiscalía, “en el entendido de que en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera, el acto de desvinculación deberá ser

---

<sup>23</sup> Ver sentencia T-522 de 1992. En esta providencia se indicó también que “El proceso administrativo, denominado antes procedimiento administrativo, para diferenciarlo del proceso judicial, en tanto, este último, tenía por finalidad la cosa juzgada; comprende el conjunto de requisitos o formalidades anteriores, concomitantes o posteriores, que establece el legislador para el cumplimiento de la actuación administrativa, y los procedimientos, o pasos que debe cumplir la administración para instrumentar los modos de sus actuaciones en general”.

motivado por razones del servicio específicas, en los términos del apartado 4 de esta sentencia”. En ese fundamento jurídico la Sala reafirmó su extensa jurisprudencia sobre el deber de motivación de los actos de retiro de servidores vinculados en provisionalidad en cargos de carrera de la Fiscalía General de la Nación y sobre esa base condicionó la validez de las normas objeto de control.

Como “sentencias confirmadoras” del precedente jurisprudencial sobre la obligación de motivar el acto administrativo de retiro de provisionales dentro del trazo jurisprudencial expuesto, se ubican en su orden así: C-371 de 1999, C-734 de 2000, T- 1206 de 2004, T-222 de 2005, T-031 de 2005, T-254 de 2006, T-132 de 2007, T- 07 de 2008, T-251 de 2009, T- 736 de 2009, C-431 de 2010.

En el trazo jurisprudencial que a continuación se analiza se ubica la Sentencia SU-917 de 2010 como la sentencia que consideramos “punto final del trazo”, toda vez que en esta Sentencia no solo se confirma nuevamente la ratio decidendi expuesta en la Sentencia fundadora SU-250 de 1998, sino que en ella se plasma toda la doctrina constitucional que se ha desarrollado frente al deber inexcusable que tiene la administración de motivar los actos administrativos por los cuales se declara insubsistente a un empleado en provisionalidad. Además se refiere a que cuando la jurisdicción contencioso administrativa se abstenga de aplicar este precedente constitucional al no anular los actos administrativos de retiro, se configura una causal específica de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. En el caso de que al Juez de instancia se le haya ordenado dictar un nuevo fallo por desconocimiento del precedente constitucional y este se niega a proferirlo o lo hace en contravía de las subreglas fijadas en la jurisprudencia constitucional; puede incluso el Juez de Tutela y particularmente la Corte Constitucional proferir una sentencia sustitutiva o de reemplazo para así garantizar la efectiva protección de los derechos fundamentales y con ello el derecho a la administración de justicia en condiciones de igualdad.

Finalmente, se ubican los dos últimos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre este tema, como son la SU-691 de 2011 y T- 206 de 2012. Providencias en las que se mantiene el precedente constitucional con respecto a la exigencia de la motivación de los actos administrativos por los cuales se retira a empleados en provisionalidad.

Se destaca que la mayoría de sentencias de tutela y de control abstracto que hacen parte de la línea jurisprudencial creada por la Corte Constitucional respecto al tema objeto de este trabajo, se refiere a casos decididos en contra de la Fiscalía

General de la Nación, quien retiró a múltiples empleados en provisionalidad sin motivar el acto administrativo, por lo cual existe un número considerable de sentencias principalmente entre los años 2005 y 2006. Se anota que las 20 sentencias analizadas en este trabajo, hacen parte de la línea jurisprudencial que sostiene la Corte Constitucional durante los últimos doce años, en casi un centenar de sentencias.

A continuación, se presenta un análisis sucinto sobre las sentencias con las cuales se construyó el trazo jurisprudencial.

### **4.3 ANALISIS DE LAS SENTENCIAS DEL TRAZO**

#### **4.3.1 SENTENCIA SU-250-98 (M.P. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO)**

Esta sentencia expone el caso de una Notaria nombrada en provisionalidad: "mientras se proveía el cargo en propiedad mediante concurso", quien posteriormente fue retirada del cargo, sin motivación y reemplazada por un funcionario nombrado en provisionalidad.

La Corte decide tutelar el derecho al debido proceso y por ello ordena al Presidente de la República la motivación del acto administrativo de retiro, advirtiendo que este acto sería susceptible de revisión ante la jurisdicción contencioso administrativa. Así mismo ordena a la Superintendencia de Notariado y Registro y al Consejo Superior de la Administración de Justicia de acuerdo a la declaración de estado de cosas inconstitucional que en el término de 6 meses, se proceda a convocar los concursos abiertos para Notarios.

Para llegar a esta decisión, la Corte inicia su línea jurisprudencial expresando categóricamente que debe haber motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional en un empleo que no sea de aquellos de libre nombramiento y remoción, como es el caso de los Notarios, ya que su nombramiento debe hacerse en propiedad mediante concurso abierto. (art. 131 C.P.)

Desde esta primera oportunidad esa alta Corporación sostuvo que la falta de motivación del acto que retira del servicio a una persona nombrada en interinidad o provisionalidad, porque aún no se han hecho los concursos para ingresar a la carrera, es una omisión en contra de los principios de publicidad y del debido

proceso. Según la Corte la publicidad no se refiere únicamente a la mera la publicación del acto sino que va más allá de ésta, pues se exige la motivación, la cual no debe ser solamente formal sino material y que la simple cita de normas no es válida ya que para una desvinculación, el nominador debe enumerar con claridad las causas y hechos que motivaron el retiro.

Para la Corte esa actitud de retirar a una persona sin previa motivación conlleva la afectación al debido proceso que ubica al ex funcionario en un indefensión constitucional, al no poder ser oído, no disponer las posibilidades de oposición y defensa en juicio, en contraposición con el derecho de contradicción consagrado en el art. 29 C.P., según el cual los contendientes, en posición de igualdad, disponen de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis. Además la motivación es necesaria para el control de los actos administrativos que facilita la función revisora de lo contencioso-administrativo, y, por ende, la falta de motivación se convierte en un obstáculo para el efectivo acceso a la justicia (artículo 229).

Adiciona que de esta manera se torna injustificado un retiro que no responda al interés general, de ahí la necesidad de que en la motivación se exprese cuáles fueron los hechos que afectaron ese interés general. Este aspecto es muy importante porque el hecho de tener en cuenta el interés general no es otra cosa que la aplicación de los principios de imparcialidad y publicidad reseñados en el art- 209 de la Constitución.

Frente a esta decisión mayoritaria de la Corte Constitucional, el Magistrado Fabio Morón Díaz, realiza un salvamento de voto, debido a que en primer lugar la accionante contaba con otros mecanismos jurídicos de defensa tales como las acciones contencioso administrativas en las que podía solicitar la nulidad del acto administrativo de desvinculación. Afirma que en este caso no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable que hiciera procedente la tutela como mecanismo subsidiario. Para Finalizar expresa que los notarios en interinidad pueden ser designados y retirados libremente por el Gobierno, ya que al no haber concursado se encuentran en una situación precaria, sin derecho alguno a estabilidad y por lo tanto el acto administrativo de retiro no requiere motivación.

#### **4.3.2 SENTENCIA T-800-98 (M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA)**

Se examina el caso de una madre soltera que solicita la protección de su derecho constitucional al trabajo y los de su hijo (enfermo), a la vida, salud y educación, al haber sido declarada insubsistente del cargo de Auxiliar de Enfermería que ocupaba en Provisionalidad en el Hospital San Roque de Pradera. El Hospital alegó que la insubsistencia obró porque la provisionalidad se había prolongado más tiempo del autorizado por la ley (4 meses), y por ello debía separarse del cargo mientras se convocaba el concurso de méritos para proveer definitivamente la plaza.

En esta sentencia la Corte resalta la importancia del derecho a la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa, el cual no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad y no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. La Administración sólo podría desvincularlo por motivos disciplinarios o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar. En otros términos, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello.

De otra parte según el artículo 4º del Decreto 2329 de 1995 (norma vigente para la desvinculación de la accionante), un funcionario que se encuentra en provisionalidad por más tiempo del autorizado por la Ley (4 meses), puede ser desvinculado como lo ordena la norma citada siempre y cuando la administración cumpla, con la obligación de convocar el respectivo concurso de méritos para proveer definitivamente la plaza, pues de no darse tal correspondencia, los cargos estarían destinados gradualmente a quedarse vacantes, al no haber una designación oportuna del reemplazo. Para el caso, el hospital demandado no había iniciado el proceso de selección por méritos que la Ley le obligaba llevar a cabo, sosteniendo su vínculo por más de dos años. Por dicha razón, el hospital no puede alegar su propio incumplimiento como justa causa para afectar los derechos de la tutelante, sometida a una vinculación irregular por la propia desidia de aquél.

Se concluye que la administración del hospital acusado ha incurrido en un desconocimiento de los derechos de la demandante que tienen relación con su estabilidad laboral, su permanencia en el cargo de carrera mientras no se constituya una justa causa que obligue a su retiro y el derecho a recibir similar tratamiento que los demás funcionarios que se encuentran en sus mismas

condiciones laborales. Por lo tanto se otorga la tutela como mecanismo transitorio, ordenando el reintegro.

#### 4.3.3 SENTENCIA C-371-99 (M.P. JOSE GREGORIO HERNANDEZ)

En esta Sentencia la Corte realiza un examen de constitucionalidad parcial de los Artículos 35 y 76 del Decreto 01 de 1984<sup>24</sup>, los cuales en suma consagran que la administración “tomará la decisión motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares”; disposiciones que según el actor consagran el requisito de motivar únicamente ciertos actos administrativos "al menos en forma sumaria", lo cual deduce equivale a una autorización para que dichos actos no sean motivados.

La Corte después de realizar un serio estudio de la frase enjuiciada en ambas normas establece que contempla un mínimo exigible a quien profiere el acto e imprescindible para la validez del mismo, por medio del cual se asegura al particular afectado, que tendrá por lo menos, noticia sucinta sobre las razones que invoca la Administración. La motivación es imprescindible ya que de no motivarse significa abuso en el ejercicio de la autoridad y necesariamente responsabilidad de quien ha omitido tal deber.

---

<sup>24</sup> “**Artículo 35.- Adopción de decisiones.** Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.”

En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.

Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.

Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título.

(...)

**Artículo 76.- Causales de mala conducta de los funcionarios. Sanciones disciplinarias.** Son causales de mala conducta, que motivarán multas hasta de UN MILLON DE PESOS (\$1.000.000), o la destitución del responsable, las siguientes:

1. Negarse a recibir las peticiones, a expedir constancias sobre ellas, o a sellar sus copias, cuando se presenten en los días, horas y sitios que indiquen los reglamentos.
2. Negarse a recibir las declaraciones o liquidaciones privadas necesarias para cumplir con la obligación legal.
3. Negarse a recibir los escritos de interposición y sustentación de recursos.
4. No dar traslado de los documentos recibidos a quien deba decidir, dentro del término legal.
5. Demorar en forma injustificada la producción del acto, su comunicación o notificación.
6. Resolver sin motivación, siquiera sumaria, cuando sea obligatoria”...

De acuerdo al órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, la norma debe entenderse integralmente, siendo necesario, para descubrir su alcance” tener en cuenta el inciso segundo, según el cual "en la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite". Luego no está exonerada la Administración de expresar en su acto la totalidad de los elementos jurídicos y fácticos en que se funda y en lo relativo al origen de la actuación administrativa. Es por ello que lo sumario de la motivación no puede confundirse con su insuficiencia o superficialidad, se trata de la extensión del argumento y no a su falta de contenido sustancial.

Ha dicho la Corte que todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos administrativos sin motivación alguna. Y de existir carecen de validez, según declaración que en cada evento hará la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la sanción aplicable al funcionario de acuerdo al Artículo 76.

La Corte declara la exequibilidad de la frase acusada del artículo 35 y del Artículo 76 del C.C.A., en el entendido de que las decisiones que se tomen en materia de derecho de petición, así se motiven tan solo sumariamente, sí deberán resolver el fondo del asunto sometido a consideración y no limitándose la autoridad competente a dar una respuesta formal sobre el trámite o el estado de la solicitud.

#### **4.3.4 SENTENCIA C-734-00 (M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA)**

Demanda de inconstitucionalidad en contra de la expresión “sin motivar la providencia” contenida en el inciso primero del artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968<sup>25</sup>. Para el actor, un orden justo no se compadece con la posibilidad de emitir providencias inmotivadas, pues ello deja a la arbitrariedad decisiones que afectan valores constitucionales. Aduce que el debido proceso debe respetarse en todas las actuaciones administrativas, con independencia de que las facultades de la Administración sean o no discrecionales. El derecho de defensa, fundamento del

---

<sup>25</sup> “Decreto Ley 2400 de 1968

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

debido proceso, sólo se ve garantizado con la motivación de los actos administrativos, “por cuanto la justificación en definitiva es el medio idóneo de control de la causa del acto.” Ella es esencial para el control de las desviaciones de poder. Añade que en un Estado social de derecho las actuaciones de la Administración deben ser públicas y que la facultad de libre nombramiento y remoción sin motivación atenta contra la garantía constitucional de estabilidad del empleo.

La Corte expone que ha admitido en varias ocasiones, que la autorización dada por el legislador para no motivar los actos de desvinculación de funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, no desconoce la Constitución, lo cual, de otro lado, no significa que tal autorización sea una patente de corso para proceder arbitraria o caprichosamente en estos casos.

Con respecto a la garantía de estabilidad laboral que también cobija a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es *precaria* en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador. En lo que se refiere a la desvinculación de los servidores del Estado, es evidente que la situación en que se encuentran los de carrera administrativa no es igual a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, pues en éstos últimos, como se dijo, debe hallarse presente un grado de confianza que no se requiere en aquellos. La finalidad que se persigue con la autorización de removerlos libremente, es razonable, pues consiste en asegurar la permanencia de esta confianza que supone el ejercicio del cargo, circunstancia que se encuentra avalada por la propia Constitución, que expresamente autoriza la existencia de esta clase de vinculación. El artículo 26 del decreto Ley 2400 de 1968, leído íntegramente indica que en la respectiva hoja de vida del funcionario desvinculado, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que ocasionaron su retiro. Esta prescripción aleja a la facultad discrecional que se contiene en la norma, de la posibilidad de ejercerse en forma caprichosa o arbitraria. Por ello, el sentido completo del artículo 26 consiste en indicar que la providencia que ordena la desvinculación no tiene que expresar dentro de su propio texto la motivación de tal decisión, no obstante lo cual debe dejarse constancia de ella en la hoja de vida del servidor público. Así, el funcionario desvinculado puede conocer las razones que llevaron a declarar la insubsistencia de su designación, y si estima que ellas configuran una arbitrariedad, un abuso o una desviación de poder, ejercer los medios de defensa judicial a su alcance.

No hay en este caso, excepción al principio de publicidad de los actos administrativos, pues el interesado puede conocer la motivación que originó su retiro.

Se declara la exequibilidad de la proposición jurídica completa conformada por el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, toda vez que la expresión parcialmente acusada, no puede ser considerada en sus efectos jurídicos independientemente del resto del texto de la norma.

#### **4.3.5 SENTENCIA T-884-02 (M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ)**

En esta oportunidad se examina el caso de una madre cabeza de familia que impetró tutela, con el fin de que se revoque la Resolución mediante la cual la Fiscalía declaró insubsistente su nombramiento en provisionalidad por el término de 6 meses en el cargo que ocupaba y en consecuencia se ordene su reintegro a dicho cargo mientras se convoca el concurso de méritos para proveerlo, protegiéndole de ese modo sus derechos fundamentales al trabajo y a la seguridad social, así como los derechos a la salud, educación y vivienda digna de sus dos menores hijos. Argumentó que la entidad debió normalizar su vinculación mediante el concurso de méritos, pero como no lo hizo esa omisión le permite que ella goce de preferencia para desempeñar el cargo mientras se realiza el concurso.

Teniendo en cuenta que la Fiscalía inició gestiones para realizar el concurso para provisión de cargos desde hace más de 6 años, la Corte concluye que no ha existido voluntad institucional para convocar al concurso y por ello no es admisible que la accionante tenga que sufrir las consecuencias de esa tardanza, pues la no convocatoria le ha cercenado la posibilidad de aspirar a ocupar el cargo mediante ese mecanismo, no obstante estarlo desempeñando en provisionalidad hace más de 1 año y 9 meses.

Para la Corte el hecho de que no se haya convocado a concurso de méritos, implica total desconocimiento al artículo 77 del Decreto 1155 de 1999, que consagra que la provisión de un empleo de carrera se efectuará mediante proceso de selección; no obstante, en caso de vacancia definitiva de éste y hasta tanto se efectúe la provisión definitiva mediante el concurso, podrá efectuarse nombramiento provisional, el cual no podrá exceder de seis meses. En todo caso

de vacancia definitiva, deberá convocarse a concurso antes de efectuar el nombramiento provisional.

A la accionante le asiste razón al impetrar la tutela ya que mientras no se configure una justa causa disciplinaria o se convoque el respectivo concurso de méritos y se provea el cargo mediante tal sistema, un empleado que ocupe en forma provisional un cargo de carrera no puede ser separado del mismo en tanto ese hecho pueda atentar contra derechos fundamentales de la persona al tiempo que se afecta la estabilidad laboral, que si bien en sí misma no es un derecho fundamental, no se reduce por el solo hecho de que el empleado ocupe el cargo en provisionalidad.

Resulta claro que si bien el artículo 251, numeral 2 de la Carta, señala como función especial del Fiscal General la de nombrar y remover a los empleados bajo su dependencia, no menos cierto es que tal facultad debe ejercerla “de conformidad con la ley”, y aunque es discrecional, no puede ser cumplida de manera arbitraria. Es así como se ha introducido la acción contencioso-administrativo por desviación de poder contra aquellos actos discrecionales en que la administración se aparta de los fines propios del Estado de derecho.

La Corte hace alusión a la posición adoptada por el Consejo de Estado según la cual ha dicho que la insubsistencia de un empleado en provisionalidad no constituye sanción alguna, que es una figura a la que se recurre cuando la administración considera que la permanencia del empleado no favorece el buen servicio y que el acto que la contiene lleva implícita la presunción de legalidad. Además ha afirmado el Consejo que cuando el empleado ocupa el cargo en provisionalidad, no ostenta fuero de estabilidad alguno y por tal razón, puede ser removido del cargo sin motivación alguna. Para la Corte esta tesis resulta válida desde el punto de vista legal y no se opone al análisis Constitucional realizado por esta, cuando quiera que frente a una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se habrá de determinar la legalidad de un acto administrativo que desvinculó a una persona que ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad; sin embargo en el ámbito Constitucional que a ella le corresponde y bajo el estudio de una acción de tutela la Corte determinará si existió la violación de derechos fundamentales, derivada de la expedición del acto administrativo de insubsistencia, por lo tanto este examen no puede reducirse a presumir la legalidad del acto administrativo. En consecuencia se tutelan transitoriamente los derechos invocados y se ordena el reintegro de la accionante.

#### **4.3.6 SENTENCIA T-1206-04 (M.P. JAIME ARAÚJO RENTERÍA)**

En este caso el actor invoca la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y a la igualdad, pues, a su juicio, la Fiscalía General de la Nación trasgredió estos derechos al declararlo insubsistente de su cargo, en el cual había sido nombrado en provisionalidad, mediante acto que no fue motivado.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera tienen cierto grado de estabilidad laboral, en la medida en que no pueden ser removidos de sus empleos mientras no sean sujetos de una sanción disciplinaria o se provea el cargo respectivo a través de concurso. Los funcionarios que ocupan cargos en provisionalidad no pueden ser equiparados con los de libre nombramiento y remoción y, por tanto, la administración no goza de la misma discrecionalidad para su desvinculación, ni puede desatender su obligación de motivar la decisión que adopte en este sentido.

La Corte resalta que la precariedad laboral que sufren los empleados de la Fiscalía es imputable a esta entidad, ya que, en desconocimiento del artículo 125 Constitucional, aún no ha convocado a concurso para proveer los cargos de carrera. Esta irregular situación coloca a los funcionarios en provisionalidad en plena indefensión, pues no son ellos los llamados a convocar el concurso, pero se ven afectados con la negligencia de la entidad, quien continúa con acciones que afectan los derechos fundamentales de sus trabajadores, tales como el derecho al trabajo, al debido proceso o al mínimo vital.

De acuerdo al artículo 209 de la Constitución Política, en el ordenamiento jurídico colombiano prima el principio de publicidad en las actuaciones administrativas como forma de control de la arbitrariedad y por tanto, existe como regla general la obligación de motivar los actos de esa naturaleza, salvo en los eventos en que la Ley expresamente releve de este deber a las autoridades públicas.

Para el alto Tribunal Constitucional se vulneró el derecho al debido proceso del accionante al no motivar la Resolución de desvinculación, ya que al no pertenecer a un cargo de libre nombramiento y remoción, y como quiera que la sola condición de empleado en provisionalidad no es suficiente para predicar dicha calidad, la autoridad accionada debió sustentar las razones por las cuales decidió prescindir de sus servicios. Por ello decide tutelar dicho derecho y declarar la nulidad de la Resolución de desvinculación, a fin de que la autoridad accionada expida un

nuevo acto administrativo en el cual se motive la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor y, así, éste último tenga la posibilidad de controvertirla ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

#### **4.3.7 SENTENCIA T-031-05 (M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO)**

Se trata el caso de un Investigador Judicial I del CTI- Valle en provisionalidad que sufrió un accidente de tipo laboral que le ocasionó una discopatía lumbálgica severa, quien posteriormente fue declarado insubsistente sin motivación alguna. El actor solicita la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, la salud y seguridad social en conexidad con la vida y por ello el reintegro al cargo que venía desempeñando en dicha entidad.

Reiterando su jurisprudencia, la Corte afirma que la desvinculación de un trabajador en provisionalidad, deberá exponer de manera clara los motivos para ello, y demostrar de esta manera que dicha actuación se hizo en aras de proteger el interés general. Esto con el fin de garantizar el respeto de sus derechos fundamentales al debido proceso y de defensa, hacer respetar la estabilidad laboral a que tiene derecho, y además eliminar cualquiera duda que permita considerar que la administración produjo un acto injusto y arbitrario en detrimento de tales derechos fundamentales.

Según el Consejo de Estado no se requiere motivar el acto que desvincula a un trabajador que ocupa un cargo en provisionalidad. No obstante, la Corte echa de menos dicha motivación, pues es desde el punto de vista constitucional y de la protección de los derechos fundamentales que esta Corporación realiza su estudio jurídico, mientras que el ámbito de control y análisis del Consejo de Estado pretende determinar solamente la legalidad o no del mencionado acto.

La Corte decide tutelar los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa, deja sin efectos la Resolución de insubsistencia y ordena la expedición del acto administrativo de insubsistencia motivado, que será susceptible de acciones contencioso administrativas, de lo contrario deberá reintegrar el actor a su cargo o a uno equivalente si este estuviese ocupado.

#### **4.3.8 SENTENCIA T-222-05 (M.P. CLARA INÉS VARGAS)**

Se trata el caso de un empleado en provisionalidad que presenta acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación por considerar que se ha vulnerado sus derechos al debido proceso, trabajo, mínimo vital e igualdad, al haberse declarado insubsistente sin que existieran razones para ello. Solicita que el referido acto administrativo se deje sin efecto mientras que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo decide definitivamente sobre la legalidad del Acto Administrativo y en consecuencia, se ordene a la entidad demandada a reintegrarlo en un cargo de igual o superior jerarquía.

Según el análisis realizado por la Corte el cargo que desempeñaba el accionante en provisionalidad es de carrera y en tal medida la desvinculación del mismo no depende de la facultad discrecional que tiene el Fiscal General de la Nación para nombrar y remover a sus empleados. En efecto, de acuerdo con el artículo 129 del Decreto 261 de 2000, la exclusión del mismo puede darse cuando se presenten algunas de las causales genéricas del retiro del servicio o no se obtenga una calificación satisfactoria. En todo caso, de acuerdo con este mismo artículo: *“la exclusión de la carrera de la Fiscalía General de la Nación, que lleve consigo el retiro del servicio, se efectuará mediante acto motivado\_susceptible de recursos de la vía gubernativa”*.

De conformidad con el artículo 115 del Decreto 261 de 2000, la provisión de los cargos de carrera debe hacerse mediante el sistema de concurso de méritos. No obstante, el artículo 117 de la misma norma, prevé los nombramientos provisionales, *“en caso de vacancia definitiva de éste y hasta tanto se efectúe la provisión definitiva mediante proceso de selección”*

La Corte hace extensiva la exigencia de motivar el acto que declara la insubsistencia de quien ocupa un cargo de carrera en provisionalidad para el caso de la Fiscalía General de la Nación, a fin de garantizarles el debido proceso, y en razón de ello no pueden ser removidos de sus empleos mientras no sean sujetos de una sanción disciplinaria o se provea el cargo respectivo a través de concurso.

Teniendo en cuenta que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para exigir la motivación de un acto administrativo, pues constituye una petición autónoma, la Corte falla concediendo la protección del derecho al debido proceso y por ello ordena que se dicte el acto administrativo de desvinculación motivado.

#### **4.3.9 SENTENCIA T-254-06 (M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA)**

Esta Sentencia reviste gran importancia dentro del trazo jurisprudencial analizado puesto que demuestra la evidente contradicción entre jurisprudencia de la Corte Constitucional y la posición adoptada por el Consejo de Estado frente a la necesidad de motivación del acto de retiro de empleados en provisionalidad. Para la primera Corporación es indispensable la motivación para poder desvincular a un funcionario en provisionalidad en respeto al debido proceso; mientras que para el Consejo de Estado, al ser equiparables los cargos de libre nombramiento y remoción con los de carrera con nombramiento en provisionalidad no es indispensable motivación alguna para desvincular al funcionario.

Se revisa el caso de un empleado que ocupó inicialmente un cargo de libre nombramiento y remoción perteneciente al Ministerio del Interior y que posteriormente su cargo fue dispuesto en carrera administrativa para dicha entidad; quien fue desvinculado sin que mediara motivación ni su cargo fue ocupado sin que se hubiera ganado un concurso de méritos. Al haber presentado demanda de nulidad y restablecimiento de derecho en ambas instancias le fueron negadas sus pretensiones con un claro desconocimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y especialmente de sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.

La Corte destacó que este asunto tenía gran relevancia constitucional en primer lugar por la doble presunta vulneración del debido proceso. Por una parte dentro de la actuación administrativa de desvinculación y, por otra, dentro de la providencia judicial del Consejo de Estado cuestionada; y además por el desconocimiento del precedente constitucional e indirectamente de la Carta.

La diferencia entre la jurisprudencia del Consejo de Estado y la de la Corte radica en que cuando esa Corporación manifiesta que la desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad no requiere de motivación lo hace desde un análisis de legalidad. Por su parte, cuando la Corte Constitucional determina que se debe presentar una motivación lo hace desde un análisis constitucional; más precisamente, desde un estudio ius fundamental.

El Consejo de Estado consideró que no se había vulnerado ninguna disposición sobre provisionalidad o competencia discrecional, pues para desvincular al actor *“resulta procedente la facultad de libre nombramiento y remoción, aun tratándose de un cargo de carrera administrativa.”* Indicó que el demandante no probó que

quien lo reemplazó no reuniera las condiciones legales, ni que el servicio se hubiese desmejorado con su desvinculación. Agregó que a pesar de la idoneidad profesional del actor pueden darse circunstancias diferentes que a juicio del nominador no constituyan plena garantía de la prestación eficiente del servicio, lo cual no está obligado a explicitar en el acto de insubsistencia.

Para la Corte los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad no son asimilables a los de libre nombramiento y remoción, puesto que (i) los últimos cargos –taxativamente señalados por el legislador- implican una relación subjetiva y la elección se hace con base en la confianza, mientras que los primeros no es la relación personal la que determina la provisión del cargo sino el carácter técnico del mismo; (ii) la motivación de los actos de desvinculación de cargos de carrera ocupados en provisionalidad es indispensable, so pena de vulnerar el debido proceso en el aspecto del derecho a la defensa; (iii) tal necesidad de motivación cesa, únicamente, cuando es nombrada a través de concurso la persona que ha de ocupar el cargo en cuestión.

De acuerdo a lo anterior la Corte encuentra que la Sentencia del Consejo de Estado desconoció el precedente jurisprudencial de tutela en materia necesidad de motivación para la desvinculación de funcionarios nombrados provisionalmente en cargos de carrera, el cual debe ser respetado al ser la Corte el máximo intérprete constitucional, quien ha establecido que para garantizar el derecho fundamental al debido proceso administrativo, se hace necesaria tal motivación. Teniendo en cuenta que en suma la posición fijada por el Consejo de Estado acarrea un desconocimiento indirecto de la Carta, se ordena a dicho Tribunal que en el término de un mes, profiera una nueva decisión, teniendo en cuenta los parámetros señalados en la parte considerativa de esta Sentencia.

#### **4.3.10 SENTENCIA T-653-06 (M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO)**

En esta sentencia la Corte Constitucional examina un caso similar a los anteriores, en el cual se declaró insubsistente a una funcionaria que ocupaba un cargo en provisionalidad de la Fiscalía que se encontraba pre-pensionada, quien interpuso acción de tutela para que se tutelaran sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo.

Es de gran importancia este fallo por cuanto en él la Corte, además de precisar que el debido proceso administrativo debe aplicarse a todas las actuaciones

judiciales y administrativas, en desarrollo del principio de legalidad; procede a definir este derecho como **(i)** el conjunto complejo de condiciones y actos que le impone la ley a la autoridad administrativa **(ii)** que guardan relación entre sí, y **(iii)** cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. El objeto de esta garantía superior es **(i)** procurar el ordenado funcionamiento de la administración, **(ii)** la validez de sus actuaciones, y **(iii)** salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados.

Por regla general, todos los actos administrativos de desvinculación deben ser motivados. No obstante, esta exigencia tiene sus excepciones, como es el caso de los cargos de libre nombramiento y remoción, ya que en estos los empleados cumplen funciones de dirección, confianza y manejo, y la permanencia en los cargos depende de la discrecionalidad del nominador. Por lo tanto, la falta de motivación del acto administrativo que desvincula a una persona que ejerce un cargo de libre nombramiento y remoción no vulnera sus derechos fundamentales. Para los cargos de carrera administrativa, la situación es diferente, porque el mérito es el fundamento para el ingreso, permanencia y promoción, en consecuencia los actos administrativos de desvinculación deben fundamentarse en razones disciplinarias, de calificación insatisfactoria o por otra causal establecida en la ley.

La ley 443 de 1998 ha previsto que los cargos de carrera administrativa pueden proveerse de manera provisional, en casos de vacancias definitivas o temporales. Estos nombramientos pese a su transitoriedad gozan de cierta estabilidad laboral, ya que su desvinculación no puede estar sujeta a la discrecionalidad del nominador, sino que debe fundamentarse en una falta disciplinaria o porque se proveyó la vacante, luego de realizar el respectivo concurso.

De acuerdo a lo anterior la Corte decide tutelar el derecho al debido proceso, ordenando que se profiera el acto administrativo de desvinculación motivado. Que de no cumplirse con la motivación, esto equivale a la aceptación de que no existe motivo alguno para la misma, distinto del arbitrio del nominador, razón por la cual cabe que en sede de tutela se ordene el reintegro.

#### **4.3.11 SENTENCIA T-132-07 (M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO)**

Esta acción de tutela revisa el caso de un funcionario de la Rama Judicial cuyo cargo en provisionalidad fue declarado insubsistente sin motivación alguna. Para que sea efectiva la protección a sus derechos al mínimo vital y al trabajo, solicita el reintegro.

La Corte reitera la necesidad de la motivación en los actos de retiro de provisionales, so pena de desconocerse el derecho fundamental al debido proceso, ya que se obstruye el acceso a la justicia en contravía con lo dispuesto por el artículo 229 superior. Cuando se retira a una persona del cargo sin mediar motivación se pone al afectado en situación de indefensión y se desconocen, sus derechos derivados del artículo 29 de la Constitución que incluyen: el *“derecho a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio, de acuerdo con el clásico principio audiatur et altera pars, ya que de no ser así, se produciría la indefensión. Así mismo se desconoce el derecho de contradicción que es la garantía de que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis.*

El requisito de la motivación se orienta a satisfacer exigencias características de un gobierno democrático, el cual se encuentra atado de un lado a la obligación de rendir cuentas respecto de las actuaciones efectuadas, tal como lo disponen los artículos 123 y 109 de la Constitución Nacional según los cuales: *“Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad”* y *“La función administrativa está al servicio de los intereses generales)”*. Y de otra parte este principio, se liga con el compromiso de *“administrar bien”*, esto es, de cumplir con tareas que garanticen un *“examen acucioso de los fundamentos de las decisiones que se proyectan, previniendo, de esta manera, que se adopten decisiones estudiadas de manera insuficiente o de dudosa justificación.”* Por último, se conecta con la necesidad de facilitar el control de las actuaciones de la administración.

Es característico de un gobierno democrático ofrecer explicaciones – jurídicas y fácticas – sobre las actuaciones adelantadas por la administración. De modo que

la administración debe aclarar los fundamentos en que se sustentan sus decisiones, máxime si se trata de un acto administrativo de desvinculación para cuyo caso es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión. No siendo suficiente por ello llenar páginas con información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionan con el asunto en particular, ya que como se observa no se detallaron las razones que expliquen porque la permanencia del actor contribuye a desmejorar el servicio y la buena marcha de la administración. Por lo tanto se ha vulnerado el derecho al debido proceso y se hace necesario ordenar la expedición del acto administrativo motivado.

Se decide conceder la protección del derecho al debido proceso del, dejando sin efectos jurídicos la resolución de insubsistencia. En consecuencia, se ordena la expedición del acto administrativo de retiro motivado, contra el cual procederán las acciones contencioso administrativas. Ordena el reintegro hasta tanto no se motive el acto de desvinculación.

#### **4.3.12 SENTENCIA C-279-07 (M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA)**

Se revisa por la Corte una demanda de inconstitucionalidad instaurada en contra de los artículos 70 (parcial) y 76 (parcial) del Estatuto Orgánico de la Fiscalía<sup>26</sup>, por su presunta contrariedad con la Constitución y vulneración a derechos

---

<sup>26</sup> LEY 938 DE 2004

Artículo 70. Nombramientos. La provisión de un cargo de carrera se efectuará mediante nombramiento en propiedad, una vez superado el período de prueba. Cuando ello no fuere posible, se procederá al nombramiento mediante la figura de encargo, atendiendo al lleno de los requisitos y al perfil del cargo respectivo.

Excepcionalmente, cuando no fuere posible proveer dicho cargo en la forma anteriormente descrita, se procederá al nombramiento en provisionalidad, el cual en ningún caso generará derechos de carrera.

Artículo 76. Retiro. Es una situación de carácter administrativo, que pone fin a la inscripción en el régimen de carrera y desvincula al servidor de la entidad en los eventos previstos como causales para tal efecto.

Los demás servidores serán objeto de la facultad discrecional del nominador.

El retiro de la carrera tendrá lugar mediante acto motivado, contra el cual procederán los recursos de la vía gubernativa.

fundamentales como el debido proceso, de defensa, al trabajo y al acceso a la justicia, ya que permiten que los funcionarios de la Fiscalía sean nombrados en provisionalidad y sean desvinculados por el nominador sin dar a conocer las razones de su retiro, en razón a la discrecionalidad del nominador.

La Corporación Constitucional advierte que de ambas normas se han derivado interpretaciones abiertamente inconstitucionales por parte de la Fiscalía, teniendo en cuenta que en primer lugar la designación en provisionalidad se ha convertido en la regla general, ya que aún no se ha realizado los concursos para provisión de cargos de carrera y en segundo lugar respecto a la segunda norma se ha interpretado que de la facultad discrecional del nominador solamente se excluye a los funcionarios inscritos en carrera, lo cual ha motivado que en forma habitual, los servidores en provisionalidad sean retirados discrecionalmente por el nominador, sin acto motivado que especifique las razones del servicio que justifican la desvinculación.

A la luz de la Constitución es incompatible con la Carta que todavía no se haya implementado el sistema de carrera en la Fiscalía, ya que esto conlleva la vulneración de los derechos a la igualdad y al debido proceso, así como la vulneración de los principios constitucionales que rigen el acceso por mérito a la función pública. Sin embargo, declarar inconstitucional la primera norma que refiere al concurso lejos de proteger tales derechos agrava las vulneraciones antes mencionadas. Lo que conduce a una sentencia condicionada respecto al régimen de la Fiscalía dentro del nuevo sistema penal acusatorio.

Según la jurisprudencia, la desvinculación de los servidores nombrados en provisionalidad debe respetar el derecho al debido proceso, lo cual se concreta en el derecho a que en el acto de retiro se indiquen las razones específicas de la declaratoria de su insubsistencia. Además, los motivos invocados para justificar la desvinculación deben referirse al servicio, es decir, deben responder al interés público. De acuerdo con lo anterior, para que el inciso segundo del artículo 76 de la Ley 938 se encuentre en armonía con el derecho al debido proceso y con la jurisprudencia de la Corte, es necesario precisar que el retiro de un funcionario que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad debe ser motivado por razones del servicio atinentes específicamente al funcionario que habrá de ser desvinculado dada sus responsabilidades dentro de la entidad.

En consecuencia se declara exequible los incisos 1 y 2 del Art. 70 y 2 del Art. 76 del Estatuto Orgánico de la Fiscalía, en el entendido de que hasta el 31 de diciembre de 2008, la Fiscalía debe haber culminado los concursos públicos de

mérito y que en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad, el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas.

#### **4.3.13 SENTENCIA T-007-08 (M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA)**

Tutela en contra de la Universidad Popular del Cesar, por considerar que esa institución educativa vulneró sus derechos al debido proceso administrativo, al mínimo vital, a la seguridad social y a la igualdad, al haberlo declarado insubsistente al accionante, sin que mediaran las causas que motivaron esa declaratoria, pese a que se desempeñaba en un cargo en provisionalidad.

Teniendo en cuenta que el actor ocupaba un cargo en provisionalidad era necesario que se le desvinculara por razones atinentes al servicio y que se motivara el acto administrativo correspondiente. La universidad estimó que en atención a su autonomía universitaria el demandante podía ser desvinculado sin motivación alguna, sin embargo no tuvo en cuenta que por tratarse de un cargo en provisionalidad, la autonomía universitaria no es absoluta y en consecuencia le era exigible a la Universidad respetar el artículo 29 de la Constitución, que protege el derecho al debido proceso en todas las actuaciones administrativas.

La motivación del acto de retiro era exigible sin importar si se trata incluso de una carrera especial amparada por la autonomía universitaria. La falta de motivación quebranta el artículo 29 de la Carta Política, ya que pone al actor en una situación de indefensión que le impide controvertir las razones de su desvinculación de manera efectiva ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En el fallo se deja sin efectos la Resolución mediante la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento del actor y ordena la expedición de un nuevo acto administrativo debidamente motivado y fundado en una causa legal. De no cumplirse con dicha motivación por no contar con motivos suficientes para la desvinculación, deberá reintegrarlo a un cargo equivalente o de mejor categoría al que venía ocupando.

#### **4.3.14 SENTENCIA T-1112-08 (M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO)**

Tutela interpuesta en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por considerar que se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, y al acceso a la administración de justicia del accionante, al decidir desfavorablemente sobre la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta en contra de la Resolución por medio de la cual la Fiscalía General de la Nación lo declaró insubsistente en el cargo que ocupaba en provisionalidad.

Para la Corte resulta claro que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo, desconoce el precedente jurisprudencial según el cual el acto por el cual se declara insubsistente a un funcionario nombrado “*en provisionalidad*” en un cargo de carrera debe ser motivado, pues de no ser así se produce una lesión a los derechos fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia del afectado. A pesar de ello, el Tribunal Administrativo resolvió el caso con base en un criterio incompatible con la jurisprudencia constitucional, al considerar que *el empleado nombrado en provisionalidad no tiene fuero alguno de estabilidad y puede ser retirado discrecionalmente, es decir sin motivación del acto que lo retira, si su permanencia no ofrece garantía alguna para la prestación del servicio y si a su retiro, no puede proveerse mediante concurso público ese cargo, es posible la designación del nuevo empleado en provisionalidad. Según el Tribunal para el caso de la Fiscalía este retiro discrecional se encuentra autorizado.*

La decisión del Tribunal Administrativo es incompatible con la *subregla* citada, contenida en la *ratio decidendi* de un amplio número de decisiones proferidas por la Corte, a partir de lo cual incurrió en una vulneración a los derechos fundamentales a la igualdad y al acceso a la administración de justicia del peticionario, en la medida en que el caso fue decidido en forma abiertamente opuesta a como lo ha hecho la Corte. Además, la decisión del Tribunal encontró ajustada a derecho una actuación de la Fiscalía General de la Nación que se opone al debido proceso y a los principios que informan la función pública, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación.

La justificación del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para apartarse del precedente de la Corte resulta insuficiente pues no explicó las razones por las cuales su decisión es más apropiada, en lo relativo al respeto por el principio de publicidad en la función pública y el derecho fundamental al debido proceso del peticionario. Por ello se concede la tutela del derecho fundamental al debido

proceso del actor, dejando sin efecto la sentencia proferida por el Tribunal y se ordena proferir una nueva sentencia en la que se tengan en cuenta las consideraciones hechas en la presente providencia.

#### **4.3.15 SENTENCIA T-251-09 (M.P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER)**

Empleados que ocupaban cargos en provisionalidad de la Alcaldía de Tuluá que fueron declarados insubsistentes, argumentándose que se superó el término los nombramientos (6 meses), sin que se hubiese solicitado a la Comisión Nacional del Servicio Civil su prórroga, que como la Corte Constitucional exige una motivación y no señala taxativamente cuáles son las razones para ésta, la administración municipal entiende que como se encuentra organizando la planta de cargos, puede desvincular a los actores. Los actores solicitan que se protejan sus derechos al debido proceso, al trabajo y a la igualdad, dado que el acto de desvinculación contiene una falsa motivación y es una clara manifestación de desvío de poder.

Para la Corte en el caso concreto se evidencia que los actos de insubsistencia contienen una falsa motivación, ya que no se ajustan a la realidad, porque si bien el nominador podía desvincularlos para ello debía motivar el acto en debida forma, tal como lo exige el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 y la doctrina de la Corte, lo cual no se hizo. No basta, que la administración esgrima cualquier razón para ordenar la desvinculación, esa motivación en todos los casos debe ser seria y razonable.

No se puede admitir como razón suficiente que la administración se encuentra organizando la planta de cargos y corrigiendo las irregularidades que en ella se pueden presentar, para dar por terminada una serie de vinculaciones. Esta no es una motivación que se avenga a los requerimientos propios de un Estado de Derecho, que la exige precisamente con la finalidad de frenar la arbitrariedad que puede cometer la administración cuando está en ejercicio de un acto discrecional. Así como tampoco es válido que la terminación del período para el cual fue vinculado el provisional sería una razón suficiente para dar por finalizada su vinculación con la administración, así como el hecho de no haber solicitado la prórroga a la Comisión Nacional del Servicio Civil, puesto que la autorización que emitió la Comisión lo fue teniendo en cuenta que la administración municipal venía adelantando un concurso, el cual no concluyó en el período para el cual fue nombrado el accionante, hecho que según el Decreto 1227 de 2005, artículo 8,

implicaba que tal nombramiento no requería de una autorización de prórroga, por cuanto el concurso se venía adelantando. En este caso, el simple vencimiento del término del nombramiento no resultaba razón suficiente, por cuanto es claro que esa provisionalidad tendrá un carácter temporal, determinada por el nombramiento de quien llegue a ganar el concurso correspondiente.

De otra parte, no es de recibo dar aplicación a la tesis sostenida por el Consejo de Estado según la cual para realizar la desvinculación de un provisional no se requiere motivación del acto. Advierte la Corte que esta divergencia de posiciones entre el máximo órgano de la jurisdicción constitucional y la administrativa debe ser resuelta, por cuanto está generando una diferencia de trato, según los administradores de justicia acojan una u otra interpretación, diferencia que afecta el derecho fundamental a la igualdad. Así mismo, desconoce no solo el principio de confianza legítima sino el artículo 25.1 y 25.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que obliga a brindar una protección judicial rápida a las personas que están en la jurisdicción de un Estado.

Según la Corte, la discrecionalidad de la administración no es arbitrariedad, razón por la que la motivación de los actos administrativos de desvinculación de personas vinculadas a cargos de carrera en provisionalidad es obligatoria en defensa de derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, así como para hacer prevalecer los principios que rigen la función administrativa tales como el de la igualdad, la transparencia y la publicidad, entre otros. Esta obligación no surge del inciso 2 del artículo 125 de la Constitución, como lo entiende el Consejo de Estado, dado que tal norma fue concebida para los funcionarios de carrera. La motivación surge de una interpretación sistemática de la Constitución que parte de la definición del Estado Social de Derecho, y que impone a la administración la necesidad de erradicar la arbitrariedad en sus decisiones, en ese orden, ha entendido la Corte que la discrecionalidad no se limita por razón de la motivación, por cuanto el nominador puede desvincular a un provisional, pero explicando las razones de su decisión.

La obligación de motivar el acto correspondiente, tal como lo señala el Consejo de Estado, no convierte al empleado en provisionalidad en uno de carrera y como tal tampoco le confiere un fuero de estabilidad porque efectivamente no lo tiene. Simplemente, obliga al nominador a motivar las razones por las cuales el provisional no debe seguir ejerciendo el cargo, dado que si fue nombrado para

satisfacer una necesidad en la administración e impedir la interrupción del servicio, su desvinculación debe responder precisamente a que el nombramiento no satisfizo las necesidades de ésta. Es decir, la administración tiene el derecho a mejorar el servicio o impedir su interrupción y como tal tiene la potestad de desvincular a un provisional cuando éste no se avenga a los requerimientos de ella, al tiempo que el provisional tiene el derecho a saber las razones por las cuales es desvinculado.

Por tanto, la tesis del Consejo de Estado no puede ser acogida y como tal, corresponde a los jueces, sin importar la jurisdicción que ejerzan, acatar esta doctrina de la Corte Constitucional. El efecto del desconocimiento de la doctrina de la Corte no puede ser otro que la revocatoria de las decisiones que la contraríen, por cuanto el dejar sin efecto esas providencias se convierte en el instrumento eficaz y necesario para preservar la unidad interpretativa de la Constitución. Además de dejar sin efectos los actos administrativos de insubsistencia y ordenar la expedición de actos administrativos motivados.

#### **4.3.16 SENTENCIA T-736-09 (M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ)**

Se revisa el caso de una empleada de la Fiscalía que ocupaba un cargo en provisionalidad y fue declarada insubsistente sin exponerse las razones para dicha decisión. Tras haber interpuesto demanda de nulidad y restablecimiento de derecho, así como acciones de tutela, todas sus pretensiones le fueron negadas por parte de la jurisdicción contencioso- administrativa.

La Corte estima que el acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento de la actora se hizo desconociendo la reiterada jurisprudencia constitucional, según la cual la desvinculación de los servidores públicos vinculados al Estado en provisionalidad en cargos de carrera debe ser motivada, vulnerándose con ello los derechos fundamentales al debido proceso y la defensa, al no permitírsele conocer las razones que tuvo la Administración para proferir dicho acto y negar con ello de plano la posibilidad de controvertirlas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en condiciones de igualdad.

Para dicha Corporación una de las consecuencias del Estado social de derecho se manifiesta en la obligación de motivar los actos administrativos pues sólo así los jueces, en el instante en que realicen su control, pueden verificar si estos se

ajustan a los preceptos establecidos en el ordenamiento jurídico. De lo contrario, se presenta la desviación de poder prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y, en tal sentido, se configura una causal autónoma de nulidad del acto administrativo que no contenga la motivación.

La Corte deja sin efectos la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y ordena que se profiera una nueva decisión acorde con la jurisprudencia reiterada de esa Corporación.

#### **4.3.17 SENTENCIA C-431-10 (M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO)**

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 44 (parcial) de la Ley 909 de 2004.

“Artículo 44. Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades... o del traslado de funciones... se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización...”

Para los accionantes la expresión es inconstitucional, pues todo servidor público, incluido el nombrado en provisionalidad, tiene derecho a gozar de los mismos derechos que reconoce la norma acusada. Una distinción entre los provisionales y los funcionarios de carrera, es injustificada y desconoce “el espíritu proteccionista del artículo 13 superior”.

Para la Corte la expresión desarrolla los fines sociales de la Constitución, así como del artículo 125 Superior pues contribuye a consolidar el Régimen de Carrera Administrativa, sin desconocer el principio de igualdad. Advierte la Corporación que los provisionales no se encuentran en la misma situación en la que se hallan los empleados públicos inscritos en el régimen de carrera. No obstante, la Corte ha desarrollado una línea jurisprudencial diferenciándolos de los empleados de libre nombramiento y remoción mediante la cual les ha conferido una protección intermedia que consiste en que su retiro solo puede darse: porque el cargo se proveerá mediante el sistema de méritos o por la existencia de una razón suficiente desde la perspectiva del servicio debidamente motivada.

La línea jurisprudencial sobre estabilidad intermedia se fundamenta en los siguientes argumentos: el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso que resulta aplicable a “todas las decisiones administrativas, a pesar de las reglas específicas que rigen dichas actuaciones y la exigencia de motivar las actuaciones administrativas en cumplimiento de *“los principios de legalidad y de publicidad”* por cuanto se hace factible ejercer “el derecho a la defensa, lo cual marca una frontera clara a fin de evitar actuaciones arbitrarias por parte de las autoridades administrativas.

En consecuencia declara la exequibilidad de la expresión *“carrera administrativa”* contenida en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004.

#### **4.3.18 SENTENCIA SU-917-10 (M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO)**

Se presenta la acumulación de 24 expedientes, en conexidad ya que todos los accionantes desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en diferentes entidades públicas, siendo desvinculados de sus empleos sin que los actos de retiro hubieran sido motivados.

Algunos de los accionantes (20) interpusieron acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, donde sus pretensiones fueron negadas con el argumento de que los actos de insubsistencia de empleos de carrera en provisionalidad no requieren motivación alguna. El resto de accionantes (4) acude a la tutela contra las entidades de las que fueron desvinculados sin motivación alguna.

Por regla general la Administración tiene el deber de motivar los actos a través de los cuales se materializa el poder del Estado en cada una de sus instituciones; ello es consecuencia directa del diseño adoptado en la Carta Constitucional de 1991, y así ha sido entendido por la jurisprudencia de la Corte que desde la Sentencia SU-250 de 1998 ha sido consistente, sobre el deber inexcusable que tiene la Administración de motivar los actos administrativos. Este deber que por regla general tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa (debido proceso) a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales

para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley, como es el caso de los empleados de libre nombramiento y remoción, nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario, pues en todo caso estos actos administrativos podrán ser objeto de control ante la jurisdicción contencioso administrativa y ser anulables por las causales previstas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

La Corte considera que quien ejerce un cargo en provisionalidad no puede asimilarse a un empleado de libre nombramiento y remoción, pues su origen legal no es la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo, sino la necesidad inmediata de suplir una vacante y evitar la paralización de la función pública; así como tampoco puede identificarse con un empleado vinculado en carrera, ni pretender que le sean aplicables los derechos de estabilidad que de ella emanan, pues es claro que no se ha sometido a las reglas que impone la ley para gozar de tales beneficios; sin embargo no puede desconocerse que respecto al acto de retiro de un servidor en provisionalidad en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión.

Sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por concurso, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.

La falta de motivación de los actos de insubsistencia de empleados en provisionalidad involucra, una causal autónoma de nulidad susceptible de ser reclamada ante la jurisdicción contencioso administrativa, en la medida en que, además de la violación del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CP), desconoce otras normas de superior jerarquía como la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 CP), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (art. 209 CP), donde se hace imperativo asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Cuando el Consejo de Estado considera que no existe el deber de motivación de los actos de retiro de servidores públicos vinculados en provisionalidad y con fundamento en ello se abstiene de anular tales actos, se configura una causal específica de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales: el desconocimiento del precedente constitucional. En estos casos se desatiende de manera abierta la *ratio decidendi* de la jurisprudencia, que desde hace más de 12 años ha trazado la Corte Constitucional en este punto como intérprete máximo de la Constitución y en consecuencia se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso y acceso efectivo a la justicia. En consecuencia en su fallo decide dejar sin efectos las sentencias de la Jurisdicción Contencioso administrativa que no decretaron la nulidad y restablecimiento del derecho y en su lugar profiere sentencias sustitutivas que declaran la nulidad de las Resoluciones de insubsistencia.

#### **4.3.19 SENTENCIA SU-691-2011 (M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO)**

La Corte estudia tres asuntos con notorias semejanzas, respecto a empleados del SENA y la Fiscalía General de la Nación que se encontraban ocupando cargos en provisionalidad y que fueron desvinculados sin motivación alguna. Al haber presentado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa sus pretensiones fueron denegadas en ambas instancias judiciales.

La Corporación refiriéndose a la postura tradicional del Consejo de Estado expresó que en la sentencia del 12 de febrero de 2004 dicha Corporación consideró que los empleados en provisionalidad podían ser retirados discrecionalmente, según lo previsto en los decretos reglamentarios 1950 de 1973, art. 107 y 1572 de 1998, art. 7 y a la luz de la ley 443 de 1998 que permiten que en cualquier momento pueda declararse insubsistente un nombramiento provisional, **sin motivar la providencia**, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.

La tesis así planteada, difiere de la expuesta por la Corte Constitucional y según la cual, es necesaria la motivación del acto para poder desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad, so pena de vulnerar el debido proceso.

La Postura reciente del Consejo de Estado en sentencia del 23 de Septiembre de 2010 se refiere a que la Ley 909 y su decreto reglamentario le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales al señalar que éstos no pueden superar los seis meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, **sólo mediante acto motivado** el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del nombramiento.

Esta disposición<sup>27</sup> modifica en forma sustancial el régimen anterior, estableciendo una condición más favorable para los empleados provisionales, respecto de quienes el retiro discrecional cede para dar vía al retiro del servicio motivado en causas que lo justifiquen. Así pues, según el Consejo de Estado, con ocasión de la adopción de la Ley 909 de 2004, determinados actos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera debe encontrarse motivado.

En este caso para el Consejo de Estado, dado que los actos de desvinculación fueron anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado el 23 de septiembre de 2010, no les resulta aplicables. Sin embargo para la Corte al advertir que se inaplicó el precedente constitucional en materia de motivación del acto administrativo de desvinculación de funcionarios en provisionalidad, se constituye, un defecto que hace procedente la excepcional acción de tutela contra providencias judiciales. Por lo tanto decide dejar sin efectos las sentencias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que negaron las pretensiones, nulitando en consecuencia las Resoluciones que declararon insubsistentes a los accionantes.

#### **4.3.20 SENTENCIA T-206-12 (M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA)**

Se tutela el caso de un empleado en provisionalidad de la Contraloría Distrital de Cartagena, quien fue declarado insubsistente, sin que dicho acto administrativo estuviese motivado y, sin que se hubiese convocado a concurso de méritos para proveer el cargo del actor. En vista de ello, el actor inició demandada de nulidad y

---

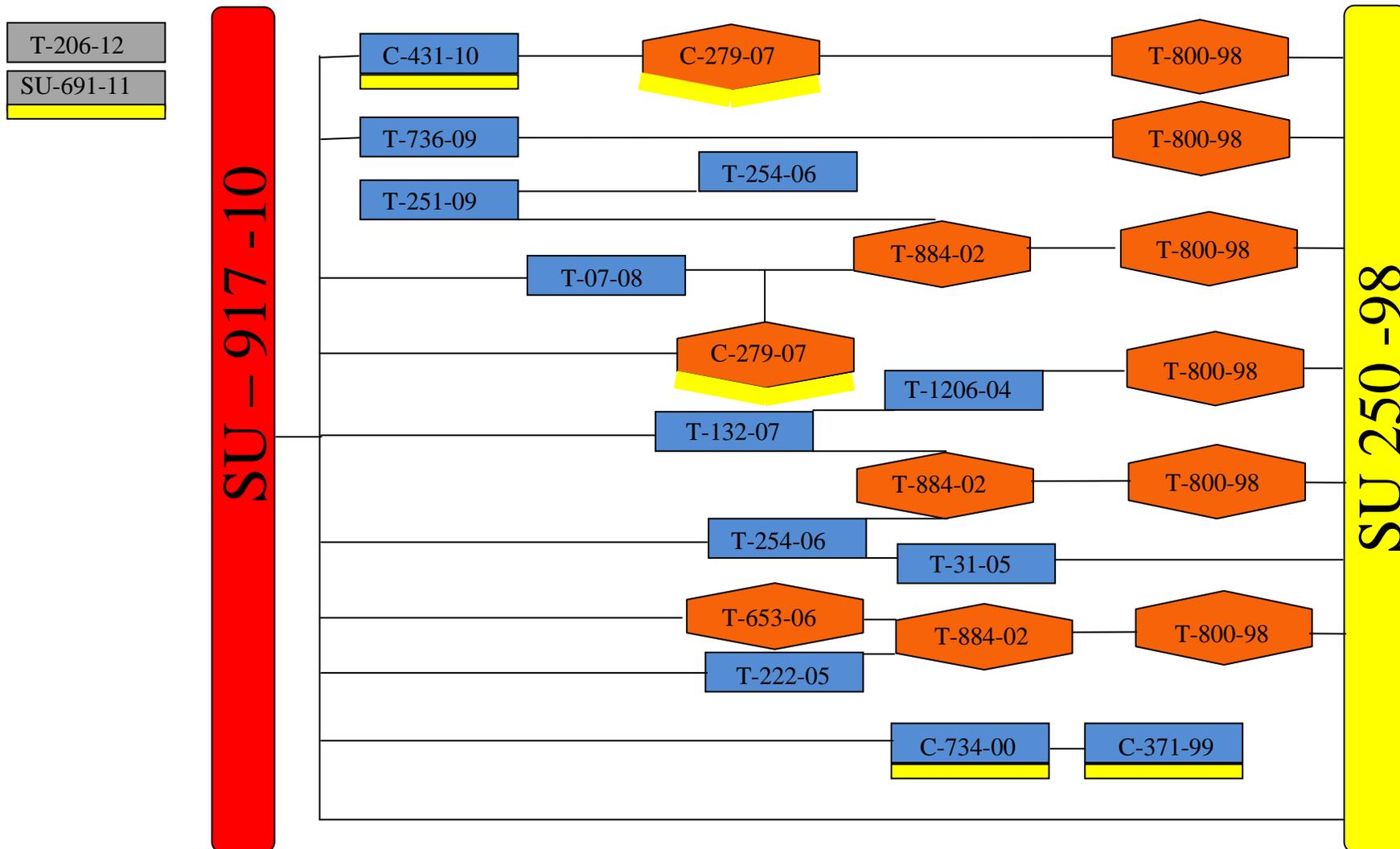
<sup>27</sup> Conforme al artículo **10 del Decreto 1227 de 2005**, reglamentario de la Ley 909 “Antes de cumplirse el término de duración (...) del nombramiento provisional, **el nominador, por resolución motivada**, podrá darlo por terminado”.

restablecimiento del derecho, la cual fue fallada a su favor en primera instancia; sin embargo en segunda instancia se revocó la decisión argumentándose que los actos de desvinculación expedidos antes de la entrada en vigencia la ley 909 de 2004 no deben ser motivados.

La Corte considera que el Tribunal Administrativo debió aplicar el precedente Constitucional, teniendo en cuenta que de lo contrario se ven afectados derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad. Se debe recordar que la motivación de los actos de desvinculación de provisionales, obedece a los principios democrático y de publicidad en la función pública, de manera que si bien no es posible afirmar que el accionante tenía una cierta estabilidad laboral equiparable a alguien nombrado en propiedad, si le asiste el derecho a saber cuáles fueron las razones por las cuales la administración decidió prescindir de sus servicios.

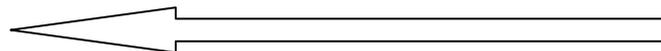
La justificación del Tribunal Administrativo de Bolívar para apartarse del precedente Constitucional resulta insuficiente, ya que su único argumento fue que se ciñó a la jurisprudencia del Consejo de Estado, a pesar de que el actor solicitó expresamente la aplicación de la doctrina constitucional; en esta medida, no justificó por qué su decisión resulta más apropiada que la estipulada por la Corte, en lo que tiene que ver con el respeto al principio de publicidad en la función pública y, el derecho fundamental al debido proceso. En consecuencia deja sin efecto la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo y le ordena proferir una nueva sentencia acorde con el precedente constitucional.

4.4 GRAFICO DEL TRAZO JURISPRUDENCIAL: MOTIVACION DEL ACTO DE RETIRO DE EMPLEADOS PUBLICOS EN PROVISIONALIDAD



**CONVENCIONES:**

	Fundadora		Confirmadora
	Arquimédica		Huérfana
	Hito		Mayor Relevancia



**4.5 CUADRO DEL UNIVERSO CITACIONAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LOS ULTIMOS 14 AÑOS EN MOTIVACION DEL ACTO DE RETIRO DE EMPLEADOS PUBLICOS EN PROVISIONALIDAD**

1998	1999	2000	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
SU-250	C-371	C-734	T-884	T-610	T-597	T-031	T-024	T-064	T-007	T-011	C-431	SU-691	T-206
							T-070	T-132	T-010	T-023			
						T-054	T-081	T-245	T-157	T-048			
						T-123	T-156	C-279	T-270	T-087			
						T-132	T-170	T-384	T-308	T-104			
T-683				T-752	T-951	T-161	T-222	T-410	T-341	T-108			
T- 800				T-1011	T-1206	T-222	T-254	T-451	T-356	T-109			
					T-1240	T-267	T-257	T-464	T-437	T-186			
						T-374	T-432	T-729	T-580	T-188			
						T-392	T-519	T-793	T-891	T-205			
						T-454	T-634	T-838	T-1022	T-251			
						T-648	T-653	T-857	T-1112	T-269			
						T-660	T-873	T-887	T-1256	T-736			
						T-696	T-974	T-1092					
						T-752	T-023						
						T-803							
						T-804							
						T-1059							
						T-1117							
						T-1159							
						T-1162							
						T-1248							
						T-1258							
						T-1310							
						T-1316							
						T-1323							

## CUARTA PARTE

### 5. TESIS OPUESTAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA MOTIVACIÓN DE ACTOS DE RETIRO DE PROVISIONALES DE ACUERDO A LA SENTENCIA SU-917 DE 2010

#### 5.1 POSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO

Al interior del Consejo de Estado la posición en torno al deber de motivación de los actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad no ha sido uniforme. Hasta el año 2003 la Subsección “A” de la Sección Segunda consideró, que tales servidores gozaban de una suerte de “estabilidad restringida”, de manera que “para su desvinculación debe mediar al menos un acto administrativo motivado como garantía del debido proceso”<sup>28</sup>. Por el contrario, para la Subsección “B” no había ningún fuero de inamovilidad para quienes ejercían cargos en provisionalidad, de modo que estaban sujetos al ejercicio de la facultad discrecional, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna<sup>29</sup>.

En el año 2003 la Sección Segunda del Consejo de Estado aceptó esta última postura y unificó su jurisprudencia “acogiendo la tesis de que 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”<sup>30</sup>. Fue así como concluyó que “cuando se remueve a esta clase de personal [vinculado en provisionalidad], sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del debido proceso, ya que dichas normas no le son aplicables”. Desde entonces esta ha sido la posición del Consejo de Estado y con base en ella se ha abstenido de anular actos administrativos de tal índole cuando se ha hecho uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Cfr., Sentencias de 20 de junio de 2002, exp. 408-01, de 3 de octubre de 2002, exp. 4117-01, de 31 de enero de 2002, exp. 118298-815-2000 y de 22 de agosto de 2002.

<sup>29</sup> Sentencia de 18 de abril de 2002, Rad. 5093-01 (Ref. 1348-99).

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 13 de marzo de 2003, radicación 76001-23-31-000-1998-1834-01(4972-01).

<sup>31</sup> Cfr., Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 04 de agosto de 2010, (0319-08).

En síntesis, las razones invocadas por el Consejo de Estado, cuya postura se ha mantenido inalterada y de hecho constituye la base de las sentencias ahora cuestionadas en sede de tutela, son las siguientes<sup>32</sup>:

- El empleado nombrado en provisionalidad ostenta una “posición diferente” frente a los empleados nombrados en carrera y a los de libre nombramiento y remoción, porque ni ha accedido por concurso de méritos, ni se trata de un cargo asimilable a los de libre nombramiento.
- Quien está vinculado en provisionalidad tiene una doble inestabilidad: de un lado, como no pertenece a la carrera puede ser desvinculado por quien concursó y tiene derecho a ocupar el cargo; de otro, puede ser vinculado de manera discrecional por el nominador.
- El acto de nombramiento en provisionalidad no requiere procedimiento ni motivación alguna, lo mismo es predicable del acto de desvinculación, porque de lo contrario se harían extensivas las garantías que sólo se predicán para quien ha ingresado por concurso.
- Como los nombramientos en provisionalidad no ingresaron por mérito sino en ejercicio de una facultad discrecional, no pueden ampararse en las causales de retiro previstas en el inciso 2º del artículo 125 de la Constitución.
- No se desconoce el derecho al debido proceso por cuanto la tesis del retiro discrecional de cargos en provisionalidad no impide demandar el acto por las causales previstas en el ordenamiento jurídico. Además, debe presumirse que la insubsistencia se inspira en razones de buen servicio, la cual en todo caso puede ser enervada en sede judicial.

## **5.2 INCOMPATIBILIDAD CON LA CONSTITUCIÓN Y CON LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

Para la Corte existe un inexcusable deber de motivación de los actos administrativos de insubsistencia de cargos en provisionalidad, cuya ausencia configura un vicio de nulidad por violación de principios constitucionales.

Si bien la Corte coincide con el Consejo de Estado en señalar que el nombramiento en provisionalidad no puede ser asimilado ni a un empleo de carrera, porque su origen no es el mérito, ni tampoco puede equipararse a uno de

---

<sup>32</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencias del 21 de junio de 2007 (4097-2005), del 19 de junio de 2008 (2256-2006), el 12 de marzo de 2009 (5374-05), del 11 de junio de 2009 (0012-2008), del 04 de agosto de 2010, (0319-08), entre muchas otras.

libre nombramiento y remoción, porque legalmente no ha sido catalogado así ni se trata de cargos que tienen origen en la confianza para ejercer tareas de dirección o manejo. En consecuencia, a quien ejerce un cargo en provisionalidad no le asiste el derecho a la estabilidad laboral propia de los derechos de carrera.

Sin embargo, de esa situación no puede concluirse que no se requiera la motivación de los actos de retiro, en el sentido de que el derecho a la motivación de los actos administrativos no existe por la pertenencia a un cargo de carrera sino por el hecho de no haber sido excluidos de ese deber por el Legislador. Por otra parte es una garantía derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al Estado de derecho, del principio democrático y del principio de publicidad, entre otros preceptos constitucionales.

Ha dicho la Corte que sostener lo contrario implicaría asimilar los cargos de provisionalidad a los de libre nombramiento y remoción, en contravía de lo sostenido por el propio Consejo de Estado.

Al respecto la Corte ha precisado que la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad implica que cuando es desvinculado necesariamente se le deban indicar las razones de su declaración de insubsistencia (T-1206/04)".

De otra parte la Corte argumenta que no puede ser de recibo la presunción de que la insubsistencia se inspira en razones de buen servicio o que subyace un fin intrínseco y adecuado en esta dirección porque no se trata del ejercicio de una facultad discrecional sino reglada; y porque de lo contrario se impondría al administrado una carga excesiva y desproporcionada para enervar la validez del acto y ejercer su derecho de contradicción y defensa en condiciones de igualdad de armas.

La abierta discrepancia que existe entre la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional necesariamente debe ser superada para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales a la igualdad y al acceso efectivo a la administración de justicia, así como para salvaguardar otros principios constitucionales no menos importantes como el de confianza legítima, la coherencia sistémica y la seguridad jurídica, lo que sólo ocurre mediante la procedencia de la tutela contra las providencias, y en este caso particular con la revisión y unificación de jurisprudencia por la Corte Constitucional.

### **5.3 LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO DESCONOCE EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN DETRIMENTO DE PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES**

Cuando una autoridad judicial considera que no existe el deber de motivación de los actos de retiro de servidores públicos vinculados en provisionalidad y con fundamento en ello se abstiene de anular tales actos, se configura una causal específica de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales: el desconocimiento del precedente constitucional. En efecto, en estos casos se desatiende de manera abierta la *ratio decidendi* de la jurisprudencia, por lo demás sólida, reiterada y uniforme, que desde hace más de 12 años ha trazado la Corte Constitucional en este punto como intérprete máximo de la Constitución.

En suma, se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso y acceso efectivo a la justicia cuando una autoridad judicial, en franco desconocimiento de la *ratio decidendi* de la jurisprudencia fijada por la Corte Constitucional, considera que el acto de desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad no requiere motivación alguna y con ese argumento se abstiene de declarar la nulidad de dicho acto así como el restablecimiento del derecho.

## QUINTA PARTE

### 6. EL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL LIGADO AL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO, TRATANDOSE DEL RETIRO DE UN EMPLEADO

#### 6.1 LA DOCTRINA REFERENTE A LA ESTABILIDAD LABORAL

Según el tratadista Jairo Villegas Arbeláez, la Constitución preceptúa en forma integral, “que el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades de la especial protección del Estado” siendo por tanto uno de sus “principios mínimos fundamentales” el de “estabilidad en el empleo” (Artículos 25 y 53 de la Constitución).

De acuerdo a las autoras Isabel Goyes y Mónica Hidalgo<sup>33</sup> en Colombia el Artículo 53 de la Constitución Nacional positiviza este principio de manera expresa, el cual es necesario entenderlo como cualquiera de las siguientes propuestas, entre otras: “Toda persona tiene derecho a la continuidad en su trabajo, siempre y cuando se mantengan las condiciones que le dieron origen (...)”

Según las mencionadas tratadistas en su obra “Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales”, la Jurisprudencia constitucional de los últimos diez años en torno al principio de la estabilidad laboral de Colombia ha generado debate principalmente respecto a temas como: carrera administrativa, contrato a término indefinido, contrato a término fijo, terminaciones con justa causa y sin justa causa, insubsistencias, reestructuraciones y calificaciones insatisfactorias.

La Corte Constitucional se ha referido al concepto de principio de estabilidad laboral en especial para empleados públicos en los siguientes términos: “El principio general en materia laboral para los trabajadores públicos es la estabilidad, entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado, en el sentido de que mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo”.<sup>34</sup>

Así mismo ha expresado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, refiriéndose a los principios mínimos fundamentales como el de “estabilidad en el empleo” señaló: “(...) Deben ser aplicados en la interpretación de las normas que regulan las relaciones laborales y en el ejercicio de las

---

<sup>33</sup> Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales- 2007

<sup>34</sup> Sentencia C-472-92 y Sentencia C-479-92

competencias asignadas a las distintas autoridades u órganos. En este orden de ideas la protección especial que la Constitución brinda al trabajo, comprende la estabilidad en el empleo como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional (...) por representar un principio cardinal del trabajo, debe ser protegido y garantizado por el Estado”.<sup>35</sup>

Entonces, la especial protección del Estado, al trabajo, en todas sus modalidades, y a la estabilidad en el empleo, constituyen integral e indispensablemente, el eje constitucional sobre el cual se ubica la situación de los empleados que desempeñan empleos de carrera en provisionalidad.

Es importante recordar que la estabilidad laboral como principio contiene especies, la cual tiene diversas expresiones en los empleados públicos aun no estando inscritos en carrera. Existen especies o grados de estabilidad en la función pública, sin mediar inscripción en carrera. La inscripción en carrera no es identificable ni asimilable en términos absolutos con la estabilidad, ni la estabilidad existe solo en caso de inscripción en carrera. Tampoco se puede entender el principio mínimo fundamental de “estabilidad en el empleo” en forma exclusiva y total solo en relación con los empleados inscritos en carrera. La norma constitucional no dice, estabilidad en el empleo de los empleados inscritos en carrera como supone la jurisprudencia que dice.

En efecto, “existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada. Esto sucede, por ejemplo, en relación con el fuero sindical<sup>36</sup>(...) aún de los empleados públicos no inscritos en carrera, dado que la estabilidad sólo puede ser afectada mediante sentencia judicial. O, situaciones en que el principio de estabilidad adquiere “especial fuerza normativa cuando se trata de una mujer embarazada “por la especial protección de la maternidad y la exigencia de justa causa comprobada y resolución motivada, aún desempeñando empleo de libre nombramiento y remoción o empleo de carrera sin estar inscrita. O, en el caso de los minusválidos, quienes “gozan de una estabilidad superior, la cual se proyecta incluso en los casos de funcionarios de libre nombramiento y remoción” y de quienes desempeñan empleos de carrera sin estar inscritos. O, de los empleados inscritos en carrera, quienes tienen una estabilidad mayor, un derecho preferencial.”<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Consejo de Estado- Sala de Consulta y Servicio Civil- Rad. 1493 del 17 de diciembre de 2003

<sup>36</sup> Sentencia C-470/98

<sup>37</sup> Idem

O, la de los empleados en provisionalidad en empleos de carrera, cuya estabilidad es menor, “restringida”<sup>38</sup>, y sometida a “las condiciones fijas por la ley”, esto es, que tendrán derecho a la estabilidad en forma temporal, sujeta a la condición suspensiva de ley: “mientras se surte el proceso de selección”<sup>39</sup>, a fin de que cumplido el proceso de selección o concurso, “procederá su provisión definitiva mediante la utilización de la respectiva lista de elegibles”, produciéndose así el desplazamiento legal del provisional en cualquier momento antes de cumplirse el término (...) de la provisionalidad o de su prórroga mediante un empleado nombrado en período de prueba resultante de proceso de selección por concurso. Es una estabilidad precaria y temporal, sometida a una condición legal suspensiva.<sup>40</sup> Sin embargo, mientras no se cumpla tal condición legal suspensiva, existe la estabilidad, no podrá proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos de provisionalidad, o de retiro de un provisional para reemplazarlo por otro provisional, dado que por mandato legal, solo procederá su provisión definitiva mediante la utilización de la respectiva lista de elegibles resultante del proceso de selección por concurso.

Así lo había señalado el Consejo de Estado: los empleados en provisionalidad, tienen “una estabilidad restringida con fundamento constitucional en el Artículo 53, al consagrar como principio mínimo fundamental el de estabilidad laboral.”<sup>41</sup> El trabajo, en la modalidad de empleado en provisionalidad, en empleo de carrera, sí goza de la especial protección del Estado y del principio mínimo fundamental de estabilidad en el empleo (Constitución Nacional Artículos 25 y 53), aunque en forma de especie restringida conforme a la ley.

El desempeñar en provisionalidad, un empleo perteneciente a carrera, no significa que por no estar inscrito en carrera o no tener derecho a carrera, se convierta en nombramiento ordinario o de libre nombramiento o remoción o de trato discrecional, como lo afirma la jurisprudencia actual de la Sección laboral del Consejo de Estado.

Contrario sensu, la estabilidad restringida del empleado en provisionalidad, conforme a la Corte Constitucional consiste en lo siguiente:

---

<sup>38</sup> Sección II, Subsección A, Sentencia de 15 de agosto de 2002. Expediente 745/01

<sup>39</sup> Decreto 1572 de 1998 Artículo 3º

<sup>40</sup> Decreto 1527 de 1998 Arts. 6º y 7º

<sup>41</sup> Sección II, Subsección A, Sentencia de 15 de agosto de 2002. Expediente 745/01

“(…) el derecho (…) a la estabilidad laboral, representado en el hecho de que no se puede ser desvinculado del cargo mientras no se configure una justa causa disciplinaria, o se convoque al respectivo concurso de méritos<sup>42</sup>

Es importante recordar que de conformidad con el Decreto Ley 2400 de 1968: “Los empleos, según su naturaleza y forma como deben ser provistos, se dividen en de libre nombramiento y remoción y de carrera (...). Por ello para la provisión de los empleos se establecen tres clases de nombramientos: ordinario, en período de prueba y provisional. Las designaciones para empleos de libre nombramiento y remoción tendrán el carácter de nombramientos ordinarios. Los nombramientos para empleos de carrera se producirán en periodo de prueba y recaerán en las personas que sean seleccionadas mediante sistema de mérito (...). Los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera. El período provisional no podrá exceder de cuatro meses” Sin embargo las normas transcritas no son interpretadas de la misma manera por el Consejo de Estado, cuyo criterio tiende a asimilar el nombramiento en provisionalidad con el ordinario (sólo es aplicable para libre nombramiento y remoción) y establece que los nombramientos para empleos de carrera se producirán en período de prueba y recaerán en las personas que sean seleccionadas mediante sistema de mérito (...).

“La Corte ha considerado que siendo diferentes las condiciones de los empleados de libre nombramiento y remoción a los empleados de carrera, cada uno de estos grupos tiene una forma especial de desvinculación, por lo que no es admisible hacer extensivas las normas de los primeros a los segundos, ya que de esta forma se desconocería la estabilidad laboral de los empleados de carrera, que precisamente busca escudar al servidor público del arbitrio del nominador<sup>43</sup>. Es decir teniendo en cuenta que los empleados en provisionalidad ejercen un cargo de carrera y no de libre nombramiento y remoción, para su retiro deben tenerse en cuenta solamente las causales legales y constitucionales permitidas.

De otra parte, es importante finalizar este breve bosquejo respecto al principio de estabilidad laboral haciendo alusión a las autoras Mónica Hidalgo e Isabel Goyes, quienes en su obra “Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales”, describen ampliamente la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional desde 1994 hasta 2007, respecto al principio de estabilidad laboral

---

<sup>42</sup> T-800/98 y T.884/02

<sup>43</sup> Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales- 2007

en diversos asuntos de Tutela y control abstracto. Para el presente trabajo hacemos relación a los que consideramos los más destacados con el fin de determinar el alcance y límites del principio de estabilidad laboral, así como los matices que sobre este principio ha planteado la Corte Constitucional, recorriendo este camino en forma cronológica y teniendo en cuenta los casos mas importantes respecto a empleados de carrera, provisionales, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales, trabajadores particulares y casos especiales sobre fueros de maternidad, discapacidad y sindical. Situaciones en las que se puede advertir como en muchos de los casos el empleador no ha garantizado el debido proceso antes de proceder a la terminación de la relación laboral.

En la Sentencia C-023 de 1994 se afirmó que va contra la naturaleza de la carrera administrativa otorgar al nominador la facultad discrecional para despedir así sea con indemnización a un empleado de carrera tributaria, el cual solo puede ser retirado por causas legales o constitucionales, es decir por calificación no satisfactoria o por causa disciplinaria, entre otras.<sup>44</sup>

Tratándose de empleados de carrera, en la Sentencia C-527 de 1994 se dijo que el derecho a la estabilidad y a la promoción según los méritos de estos, no impide que la administración, por razones de interés general, pueda suprimir determinados cargos, pues puede ser necesario para que el Estado cumpla sus cometidos. En este sentido los derechos de carrera deben ceder ante el interés general.<sup>45</sup>

Respecto a la facultad discrecional de terminar unilateralmente los contratos de trabajo, la Corte dijo en la Sentencia SU- 667 de 1998 que esta debe ejercerse en forma razonable y proporcionada. Esta facultad no puede ser absoluta ni abusiva, pues debe garantizarse el principio de estabilidad que favorece por mandato constitucional a todos los trabajadores y la necesaria aplicación del debido proceso cuando se trata de decisiones unilaterales del empleador.<sup>46</sup>

La Corte en la Sentencia T-546 de 2000, estudia el caso de un trabajador que fue desvinculado unilateralmente por la empresa luego de haber sido oído en descargos y habiéndose comprobado una justa causa para el retiro. El actor invocó la violación de la Convención colectiva que exigía el trámite de un proceso disciplinario para proceder al despido. La Corte determina que para dar por

---

<sup>44</sup> Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales- 2007

<sup>45</sup> Idem

<sup>46</sup> Ibídem

terminado un contrato el empleador debe cumplir con lo siguiente: manifestarle al trabajador los hechos por los cuales se da por terminado el contrato, como garantía del derecho de defensa al trabajador, lo cual debe alegarse de manera inmediata a la ocurrencia de los hechos, so pena de que se consideren exculpados y ceñirse a las justas causas establecidas en las fuentes del derecho laboral sin lugar a analogías o a que se presenten causales distintas.<sup>47</sup>

En la Sentencia T-040 A de 2001 la Corte enuncia el principio de la estabilidad en el empleo como un precepto aplicable a todos los trabajadores, incluyendo los del sector privado y público, sin interesar la modalidad del vínculo, pues lo que se trata es de asegurar al empleado un mínimo de certeza sobre su permanencia en el trabajo, lo que se opone a la arbitrariedad del empleador. “En esta perspectiva, siempre que al momento de la expiración del plazo inicialmente pactado, subsistan la materia del trabajo y las causas que lo determinaron y el trabajador haya cumplido efectivamente sus obligaciones, a este se le deberá su renovación”.

En la Sentencia T-1040 de 2001 la Corte insiste una vez más que una de las formas para garantizar este principio constituye el pago de la indemnización, para los eventos del despido sin justa causa. A este enfrentamiento entre estabilidad laboral, libertad de empresa y algunos otros bienes jurídicos es lo que la Corte ha denominado “estabilidad laboral imperfecta”.<sup>48</sup>

La Sentencia T-610 de 2003 acogiendo el precedente constitucional establecido en la Sentencia SU-250 de 1998 analiza la excepción del Artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 al fijar la facultad discrecional del gobierno para nombrar y remover sus empleados. Destaca que si bien los empleos de libre nombramiento y remoción no requieren acto administrativo motivado, dada la naturaleza de los cargos, esta acción no afecta ningún derecho fundamental. Sin embargo tratándose de empleados de carrera, así estén en provisionalidad, no es dable proceder de igual forma, ya que la falta de concurso no los convierte en funcionarios de libre nombramiento y remoción. Es indispensable por ello que el acto de retiro contenga las razones formales, materiales, normativas y fácticas, que lo motivaron, para garantizar el efectivo acceso a la justicia.

La Sentencia T-727 de 2005 hace referencia a la protección laboral reforzada otorgada a la trabajadora en embarazo, con lo que si bien los empleos a término fijo solo se extienden hasta el tiempo pactado, esto no es razón para desvincular a

---

<sup>47</sup> Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales- 2007 Ídem

<sup>48</sup> Ídem

una mujer embarazada, si subsiste la materia de trabajo y además la trabajadora cumple de manera eficaz con su labor, debiendo garantizarse su renovación<sup>49</sup>.

En cuanto al denominado retén social que también protege a madres cabeza de familia, se encuentra la Sentencia T-864 de 2005 relacionada con una funcionaria del SENA a quien la entidad se negó a concederle la protección consagrada en la Ley 790 de 2002, por su condición de madre cabeza de familia, en el marco del proceso de reestructuración administrativa. La Corte decide amparar este derecho con base en el principio de estabilidad<sup>50</sup>.

En cuestión de estabilidad laboral reforzada para discapacitados, la Corte sigue reiterando su jurisprudencia, como en el caso analizado en Sentencia T-062 de 2007, donde se estudia la solicitud de amparo de un trabajador que ha sido separado de su cargo por no lograr la recuperación de su salud afectada por un accidente de trabajo, en un término de 180 días. La Corte resuelve favorablemente, en atención a que el ciudadano padece una discapacidad física, condición que lo obliga a soportar una situación de debilidad manifiesta que se ciñe a las consideraciones precedentes, en el caso que ocupa ahora a la Sala de Revisión procede la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección de los derechos al mínimo vital, al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada del accionante.

## **6.2 EL RETIRO DE UN EMPLEADO POR NOMBRAMIENTO POR CONCURSO**

De acuerdo al tratadista Jairo Villegas Arbeláez<sup>51</sup>, legalmente, el carácter del empleado en empleo de carrera, en provisionalidad, es su transitoriedad, sometida por regla general, a una condición legal: “mientras se surte el proceso de selección”, o a la condición legal especial de vencimiento del término legal o de su prórroga.<sup>52</sup>

Según el Decreto 1527 de 1968 en su artículo 7º, surtido el proceso de selección, procede el desplazamiento o retiro, motivado en la circunstancia de haberse cumplido la condición suspensiva legal y deberse nombrar en período de prueba al seleccionado mediante concurso de mérito, evento en el cual el retiro del

---

<sup>49</sup> Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales- 2007

<sup>50</sup> Ibídem

<sup>51</sup> Derecho Laboral Administrativo

<sup>52</sup> Decreto 1527 de 1968 Artículos 3º y 4º

provisional procede “en cualquier momento antes de cumplirse el término (...) de la provisionalidad o de su prórroga”<sup>53</sup>

Frente a la condición legal especial de vencimiento del término inicial o el de su prórroga, la ley consagra la prohibición de retirar al provisional, por ser provisional, para reemplazarlo por otro en la misma condición de provisional, ya que sólo puede proveerse, en forma definitiva, mediante persona resultante de concurso de mérito: “Vencido el término de duración (...) de la provisionalidad o el de su prórroga, si la hubiere, no podrá proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos y procederá su provisión definitiva mediante la utilización de la respectiva lista de elegibles.”<sup>54</sup>

Inicialmente, la Subsección de la Sección II del Consejo de Estado, consideró: “(...) en tanto el cargo no se provea por el nominador en la forma exigida en la ley o se presente una circunstancia objetiva que realmente impida su continuación dentro del ejercicio normal de sus funciones, no es posible acudir a la figura de la discrecionalidad como tal, pues no puede dársele el mismo tratamiento a un empleo provisional que a uno de libre nombramiento y remoción”.

Encuentra total respaldo lo sostenido anteriormente, en disposiciones legales, como la consagrada en el Artículo 6º del Decreto 1572 de 1998: ...”el hecho de no realizarse los concursos de carrera genera una omisión de la entidad oficial y por ende una responsabilidad que no puede asumir el afectado con la decisión discrecional, para lo cual exige que la decisión de desvinculación (...) el acto de retiro en estos casos debe siempre estar motivado (...)”<sup>55</sup>

Por el contrario y recientemente, la Sección II Sala Plena del Consejo de Estado, a pesar del texto legal, consideró que sí era procedente el nombramiento de otro provisional: “Bien puede ser removido del mismo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aún no puede proveer el cargo por la vía del concurso, nuevamente se podrá designar la persona para que lo ejerza mediante nombramiento en provisionalidad”.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> Esta norma debe entenderse, con criterio sistemático, dentro del conjunto de los artículos y no aislada de su contexto normativo, como se hace en el Ensayo “el nombramiento en provisionalidad y el ejercicio de la facultad discrecional para efectuar la designación y el retiro”, Alejandro Ordóñez Maldonado.

<sup>54</sup> Decreto 1527/98 Art. 6º

<sup>55</sup> Consejo de Estado- Sentencia de 15 de Agosto de 2002. Expediente 745 de 2002

<sup>56</sup> Consejo de Estado. Sección II Plena, Sentencia de 13 de marzo de 2003. Expediente 1834 de 2001, acogiendo la sentencia de la Subsección B, de 18 de abril de 2002- Radicado 5093 de 2001.

### **6.3 LA APLICACIÓN DEL DEBIDO PROCESO PARA LA TERMINACION DEL VÍNCULO LABORAL DE TRABAJADORES OFICIALES**

De acuerdo con el Artículo 48 del Decreto 2127 de 1945 se establecen las justas causas para terminar unilateralmente el contrato de trabajo sin previo aviso, en su numeral 8º se establecen como causales por parte del empleador: “Cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones consignadas en los Artículos 28 y 29 de este mismo Decreto, en los contratos individuales o en los reglamentos internos, siempre que el hecho esté debidamente comprobado y que en la aplicación de la sanción se sigan las correspondientes normas de ley o el reglamento interno. Sin perjuicio de que en tratándose de faltas calificadas como gravísimas se deba aplicar el Código único disciplinario<sup>57</sup>. Se contempla entonces, una garantía excepcional dentro de las justas causas que tiene el empleador para dar por terminada la relación laboral, consistente en la obligatoriedad de seguir el trámite para imposición de sanciones.

Lo importante en todo evento es que se encuentren protegidos los derechos del trabajador de ser oído y de tener la oportunidad de presentar descargos, prerrogativa contemplada en el Artículo 35 del Decreto 2127 de 1945. No es factible prescindir de la garantía de defensa dispuesta en el numeral 8 del Artículo 48 del Decreto 2127 de 1945, dada su condición de norma de orden público<sup>58</sup>.

De otra parte de acuerdo con la Recomendación de la OIT No. 166 de 1982 relacionada con el Convenio 158 de 1982 “sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, aclarando que si bien este convenio no ha sido aclarado por Colombia, si es aplicable por vía analógica por mandato del artículo 19 del C.S.T. “10. Se debería considerar que el empleador ha renunciado a su derecho de dar por terminada la relación de trabajo de un trabajador a causa de una falta de este, si no hubiere adoptado esta medida dentro de un periodo de tiempo razonable desde que tuvo conocimiento de la falta”

Se debe distinguir la terminación del Contrato de trabajo de trabajadores oficiales por autorización mediante ley, ordenanza o acuerdo en razón de reestructuración, por ejemplo y justa causa legal laboral prevista en el decreto legal reglamentario 2127 de 1945 (Artículos 48 y 49) Así lo ha distinguido la Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral: “Cuando la ley se refiere a la ausencia de justa causa en el despido (...) no puede entenderse que la simple manera de terminación por causa

---

<sup>57</sup> Ley 734 de 2002

<sup>58</sup> C.S.J. Sentencia Diciembre 4 de 1995. Rad. 7551 M.P. Francisco Escobar

autorizada legalmente equivalga a justa causa, por cuanto ya se ha visto que justa causa y modo legal son cosas distintas en esencia"<sup>59</sup>

#### **6.4 LA APLICACIÓN DEL DEBIDO PROCESO PARA LA TERMINACION DEL VÍNCULO LABORAL DE TRABAJADORES PARTICULARES**

Con respecto a la terminación de la relación laboral para los trabajadores particulares el Código Sustantivo del Trabajo exige en el parágrafo del mismo artículo 62 -declarado exequible por la Corte en la sentencia C-594/97, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero-, que quien pretenda finalizar unilateralmente la relación de trabajo, debe dar a conocer a la otra la causal o el motivo de su decisión. Causal que, se repite, debe estar plenamente demostrada. En consecuencia, no es posible alegar con posterioridad, causales distintas a las invocadas.

La Corte Constitucional afirmó en la prenombrada sentencia, que el parágrafo del artículo 62 del C.S.T., debe ser interpretado de conformidad con el principio de la buena fe: no es suficiente que las partes se valgan de alguna de las causales enunciadas para tomar su decisión, pues es imperativo que la parte que desea poner fin a la relación exprese los hechos *precisos e individuales* que la provocaron. Así, la otra parte tiene la oportunidad de enterarse de los motivos que originaron el rompimiento de la relación laboral, en el momento en que se le anuncia tal determinación y, puede hacer uso de su derecho de defensa y controvertir tal decisión si está en desacuerdo.<sup>60</sup>

Es decir, cuando un empleador procede a despedir a un trabajador, tiene la obligación de expresar los fundamentos fácticos por razón de los cuales surge su decisión, y claro está que las causales deben adecuarse a las que están establecidas en la Ley Sustantiva Laboral, sin que le sea lícito elaborar su propia listas de causas ya que cuando estas no se avienen a lo que dice la ley o el Reglamento Interno de Trabajo, será un despido sin justa causa, que deberá ser indemnizado en los términos que establecer el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

---

<sup>59</sup> C.S.J. Cas. Lab, Sente. Mar. 29/96, Rad. 8247

<sup>60</sup> Sentencia C-299-98

De otra parte en un reciente pronunciamiento la Jurisprudencia de la Corte Constitucional reitera en la Sentencia C-071 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, qué se debe tener en cuenta la motivación y el derecho de defensa al momento de cesar la relación contractual laboral, en estos términos: *“Quien pretenda finalizar unilateralmente la relación de trabajo, debe dar a conocer a la otra la causal o el motivo de su decisión, de suerte que la causal debe estar demostrada plenamente y, no es posible alegar con posterioridad causales distintas a las invocadas. Además, si pese a todo lo anterior el trabajador se encuentra inconforme con la decisión, puede acudir a la administración de justicia a través de los procedimientos de la jurisdicción laboral. De este modo, la disminución de la estabilidad relativa de los trabajadores no puede desconocer el derecho a la defensa y a la contradicción. En suma, la estabilidad de los trabajadores es relativa y puede verse disminuida por la terminación unilateral del contrato cuando para ello asisten motivaciones expresas, razonables y que no atenten contra los postulados constitucionales de protección especial a ciertos sujetos, de debido proceso y acceso a la justicia.”*<sup>61</sup>

En todo caso, cuando se procede a despedir a un trabajador, aún con justa causa, se debe respetar la garantía constitucional al Debido Proceso Disciplinario. Ya que conforme a lo que ha dicho la Corte en la Sentencia T-075 A de 2011, a pesar de que el empleador, en el momento del despido, comunique al trabajador los motivos sobre los cuales funda su justa causa para despedirlo, ello no satisface las exigencias consagradas en el artículo 29 de la Constitución Política, ya que además de ello, debe la falta encontrarse debidamente acreditada luego del procedimiento correspondiente, ya que si falla la prueba de la causal alegada, el despido será considerado como uno sin justa causa con el consecuente derecho a la indemnización.

En conclusión, en aras de respetar el derecho fundamental al debido proceso, cuando el empleador decida despedir al trabajador alegando una justa causa, deberá expresarla a la finalización del contrato y además deberá acreditarla por los medio de prueba correspondientes, so pena de considerarse despido sin justa causa.

---

<sup>61</sup> Sentencia T-075 A-11

## **SEXTA PARTE**

### **CRITERIO DEL GRUPO**

El ordenamiento jurídico solo puede armonizarse si se interpreta con fundamento en los valores, principios y derechos fundamentales consagrados en la Carta Fundamental, los cuales deben responder siempre a una doctrina ética, que conduzca a lograr el bien común para la sociedad que es en últimas la finalidad del derecho, y con ello materializar la justicia.

La Corte Constitucional en el proceso de interpretación tiene como referencia los valores, principios y derechos fundamentales, que para el caso, tuvo en cuenta el fundamental principio del debido proceso. Es así como la Corte Constitucional en la línea que ha desarrollado jurisprudencialmente entre los años 1998 a 2012 ha realizado una importante interpretación sistemática de la Constitución de 1991 en tratándose de la necesidad de la motivación de los actos administrativos por los cuales se retira a empleados públicos en provisionalidad. Para ello ha realizado un análisis mucho más profundo y garantista de lo que significa el Estado Social de Derecho, los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad, al respeto de los principios democrático, de publicidad, de legalidad, de transparencia y dentro del derecho fundamental del trabajo el respeto al principio de estabilidad laboral. A la luz de estas garantías y principios constitucionales bajo una óptica constitucional ha protegido a los empleados que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad reconociendo que la falta de motivación de los actos administrativos por los cuales se retira del cargo, implicaría indubitablemente la inobservancia de tan importantes derechos fundamentales.

Es importante cómo la Corte Constitucional para la resolución del problema jurídico que ocupa nuestro estudio, relacionado con el interrogante de si es necesaria o no, la motivación del acto administrativo de retiro del empleado que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, para efectos de no transgredir los derechos fundamentales; tuvo en cuenta la filosofía y los principios constitucionales, y por ello se puede advertir cómo hizo un análisis detallado de las diferentes normas constitucionales que se afectarían, en el trazo jurisprudencial que se presenta en este trabajo. Resaltando claramente a criterio del grupo que se desconocería el Estado Social y democrático de Derecho que inspira nuestra Constitución, si se aceptara la no motivación de los actos administrativos.

De otra parte, a criterio del grupo a la luz de las normas constitucionales actuales y como lo menciona la Corte Constitucional no es admisible la arbitrariedad en un

Estado de Derecho, por consiguiente cuando el legislador concede facultades discrecionales en modo alguno se pueden considerar que son absolutas sino que siempre serán relativas, toda vez que las decisiones deben siempre observar el interés general y el ordenamiento jurídico. En el caso de la facultad discrecional del retiro de empleados en provisionalidad, se advierte en forma diáfana que el grado de discrecionalidad es diferente si se trata de empleados de libre nombramiento y remoción o de empleados en provisionalidad. En el primero de los casos, toda vez que se trata de un vínculo en razón a la relación *in tuitu personae* o personal y de confianza, el grado de discrecionalidad para el nominador en el ingreso y retiro, es lógico que sea mayor dada la naturaleza del cargo, no obstante cuando se procede al retiro del funcionario de libre nombramiento y remoción si bien no se exige la motivación del acto administrativo, si debe el nominador dejar constancia en la hoja de vida de las causas que dieron lugar a la decisión, esto de conformidad con lo establecido en el Decreto 2400 de 1968.

Con respecto a los empleados en provisionalidad, debido a la naturaleza de sus funciones que son de carácter técnico es razonable inferir que el grado de discrecionalidad sea menor, y por ello no hay razón filosófica- jurídica para que no deba motivarse el acto administrativo por el cual se retira a un funcionario en provisionalidad. No se justificaría a la luz de la nueva Constitución que existan actos administrativos sin motivación es decir que no se indiquen las razones en concreto por qué un funcionario público en provisionalidad debe retirarse del servicio público, toda vez que las causas para ello deben ser de carácter objetivo y que implican necesariamente afectar el interés general; esto para evitar la arbitrariedad, permitir el derecho de defensa del empleado en provisionalidad y así no desconocer sus derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

Abordando el tema de la discrecionalidad como una atribución necesaria en cabeza de algunos funcionarios que ejercen una labor eminentemente política o que requieren colaboradores de su entera confianza para el logro de los fines, resulta razonable que en aras del interés institucional el nominador en ejercicio de su potestad discrecional pueda retirar del servicio funcionarios de libre nombramiento y remoción.

Por otra parte, la facultad discrecional como lo ha dicho reiteradamente el Consejo de Estado que es una potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, adoptar una u otra decisión; es decir cuando su conducta o forma de proceder no esté previamente determinada por la ley. Consideramos que la discrecionalidad como

toda competencia jurídica debe ejercerse siempre dentro del derecho y de los fines que persigue el Estado y el ordenamiento jurídico. La ley si bien autoriza en excepcionales circunstancias el poder discrecional del funcionario público, esta facultad debe siempre ejercerse en forma razonable, objetiva y obviamente adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa como lo ha establecido el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Se hace entonces imperativo que se motive el acto administrativo de retiro de un empleado en provisionalidad para que la facultad discrecional se ejerza dentro del marco legal y no se configure una situación de arbitrariedad que no se puede tolerar en un Estado Social de Derecho, como acertadamente y categóricamente lo ha señalado la Corte Constitucional a lo largo de su línea jurisprudencial objeto del presente estudio. Además consideramos que la falta de motivación configura una causal autónoma de nulidad susceptible de ser reclamada ante la jurisdicción contencioso- administrativa, en la medida en que desconoce normas constitucionales como el derecho fundamental al debido proceso, y el principio de publicidad, entre otros, como la ha mencionado en su trazo jurisprudencial la Corte Constitucional. Esto en razón a que el acto administrativo en su expedición debe observar prioritariamente la Constitución y no solamente la ley o el decreto reglamentario. Además debe observarse la regla general sobre la motivación de los actos administrativos. El artículo 125 de la Carta, establece que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la Carta Política o en la ley, de manera que el empleado en provisionalidad cuando es retirado de su empleo tiene como mínimo el derecho de saber las causas de su retiro. Las excepciones a este principio general como lo ha indicado la Corte Constitucional únicamente pueden ser consignadas por vía legal o Constitucional, de manera que un decreto reglamentario no puede servir como soporte normativo para incumplir este mandato como equivocadamente consideramos lo ha acogido el Consejo de Estado.

Con respecto al derecho fundamental al debido proceso, de acuerdo a la línea jurisprudencial anteriormente analizada se infiere que efectivamente se desconoce este derecho a los empleados públicos en provisionalidad cuando se los retira sin indicar las razones por las cuales se ha adoptado esa decisión, teniendo en cuenta que uno de los principales componentes del debido proceso lo constituye el derecho de defensa y de contradicción, derecho este que no sería posible materialmente realizar si no se motiva el acto administrativo, puesto que es precisamente sobre la motivación sobre la que se debe ejercer el derecho de

defensa y contradicción del empleado público en provisionalidad que ha sido objeto de retiro por parte de la administración pública. De igual manera sino se indican las razones no solamente se vulnera el derecho de defensa sino que se dificulta en alto grado que el Juez administrativo pueda realizar un efectivo y real control de legalidad sobre un acto administrativo que no contiene motivación, afectando de esta manera la posibilidad de que el administrado pueda acudir a defender su tesis frente a la legalidad de dicho acto. Sabido es que por regla general y ha sido consagrado por los diferentes ordenamientos jurídicos en el derecho administrativo, que todo acto administrativo debe ser motivado salvo las excepciones que establezca la ley, precisamente para evitar la arbitrariedad, garantizar el principio de legalidad y el derecho a defenderse del administrado. En el caso del acto administrativo por el cual se retira e empleados en provisionalidad no existe razón para que no se motive el acto administrativo bajo la óptica de los derechos fundamentales especialmente el de debido proceso consagrado en el Artículo 29 Constitucional.

De otra parte la falta de motivación del acto administrativo que retira a un empleado en provisionalidad también afecta el principio de la publicidad porque en un Estado Social y democrático de Derecho tiene no solamente el interesado sino los asociados derecho a conocer las razones de las decisiones que profieren los funcionarios públicos, puesto que así se trate de una facultad discrecional, ello no es incompatible con el deber de motivar que tienen los funcionarios públicos al proferir sus decisiones. La motivación de los actos administrativos no debe ser meramente formal sino que debe exponer clara y detalladamente las razones concretas de hecho y de derecho, no se trata de simplemente enumerar normas o jurisprudencias o doctrina, como acostumbran algunos nominadores de las entidades públicas sino que en el caso que nos ocupa, la motivación debe explicar por qué la permanencia del funcionario afecta el servicio público de la entidad donde labora. Esto es, deben ser situaciones objetivas las que deben justificar el retiro del funcionario en provisionalidad como sería el caso de una falta disciplinaria que afecta la función pública, su bajo rendimiento o baja calificación de servicios, o que el cargo haya sido provisto por un concurso de méritos.

Es interesante observar con relación a la motivación de los actos administrativos por los cuales se retira a los empleados en provisionalidad, como difieren las posiciones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, de acuerdo a las jurisprudencias revisadas en este trabajo. Es evidente como el Consejo de Estado en la interpretación del ordenamiento jurídico al proferir sus decisiones ha dado prioridad a una interpretación más exegética y ajustada a la ley y al reglamento y

ha olvidado en su interpretación los Derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna; desconociendo precisamente que la norma de normas es la Constitución y cómo a partir de 1991 debe interpretarse el derecho bajo la óptica de los principios y derechos fundamentales consagrados en la Carta Fundamental. La Corte Constitucional por el contrario ha hecho una interpretación teleológica y sistemática de la Constitución para concluir que efectivamente se desconocen derechos fundamentales en el acto administrativo de retiro de empleados en provisionalidad, lo cual para nuestro criterio corresponde no solo a una interpretación integral del ordenamiento jurídico sino que efectivamente y como debe ser se debe dar prioridad a la norma fundamental; además teniendo en cuenta que la Corte Constitucional es el órgano de cierre, debe ser respetadas sus decisiones por tener la facultad de interpretar la Constitución con autoridad.

Es importante en este caso recalcar la sub regla de la Corte Constitucional en el sentido de que la acción de tutela para lograr la motivación de los actos administrativos por los cuales se desvincula a un empleado en provisionalidad se constituye como una petición autónoma en aras de garantizar el debido proceso y mecanismo idóneo para exigir la motivación en debido proceso, dado que no existe otro mecanismo jurídico para lograrlo, como sería la acción contencioso-administrativa. Desafortunadamente el Consejo de Estado en varias de sus providencias no ha acatado el precedente de la Corte y se ha visto la Corte obligada a ordenar que se profiera una nueva sentencia o incluso a sustituir la sentencia de dicha jurisdicción para no desconocer los derechos fundamentales entre otros, el de igualdad para los empleados en provisionalidad que han demandado los actos administrativos precisamente por no motivarse, causando con ello costosas indemnizaciones a costa del erario público.

Solo para el año 2010 el Consejo de Estado a través de una de sus secciones y con fundamento en la Ley 909 de 2004 le dio otro matiz a la posición tradicional aceptando la exigencia de la motivación de los actos administrativos cuando se desvinculan empleados públicos en provisionalidad, pero no por las razones constitucionales planteadas en la línea jurisprudencial por la Corte sino con fundamento en el Decreto 1227 de 2005 que reglamenta la Ley 909 de 2004.

Es importante tener en cuenta a la luz de la Constitución de 1991 que si bien la ley en algunos eventos concede cierta facultad discrecional en las decisiones que deban impartir los funcionarios públicos, ésta nunca será absoluta porque el operador administrativo siempre debe tener en cuenta el marco constitucional y legal en su actuación.

El tema de la motivación de los actos administrativos está intrínsecamente relacionado con el principio de la estabilidad laboral previsto en el Artículo 53 de la Carta, que pretende dentro de la protección especial que debe brindar el Estado al derecho fundamental al trabajo, la garantía mediante la cual si un empleado público en provisionalidad cumple con las obligaciones legales y reglamentarias propias de su cargo debe asegurarse su estabilidad en el empleo hasta tanto el cargo sea ocupado por la persona que haya superado el concurso de méritos.

La Corte Constitucional en su línea jurisprudencial hace mención a una garantía de gran envergadura como lo es la estabilidad laboral a la que se refiere el Artículo 53 de la Constitución Nacional y por ello diferencia entre un cargo en provisionalidad con el de libre nombramiento y remoción con respecto a este principio fundamental del trabajo, concluyendo que en el primero de los casos es más precaria mientras que para los funcionarios en provisionalidad existe una estabilidad mayor; y por ello la discrecionalidad para la desvinculación no puede ser la misma, toda vez que para los provisionales se exige la motivación del acto administrativo en el evento de su retiro. De acuerdo al principio de estabilidad laboral, cuando objeto de la relación laboral subsiste y de otra parte el funcionario público o trabajador ha cumplido sus funciones en forma cabal, éste espera razonablemente que se permita continuar con su vínculo laboral. En el caso de los empleados públicos en provisionalidad que por la naturaleza del empleo no está atado a situaciones de confianza sino de carácter técnico y dado que la administración pública generalmente cumple funciones continuas y permanentes, salvo los casos de reestructuración o fusión de entidades, los empleos permanecen de tal suerte que a la luz de este principio si el empleado público ha desempeñado fielmente sus funciones no existiría razón para que no goce de una estabilidad laboral; salvo que otro funcionario haya sido nombrado por concurso de méritos o que el funcionario no haya cumplido con las expectativas y las funciones de su cargo o su conducta esté afectando la función pública. Si no existen estas razones debe garantizarse al funcionario público en provisionalidad que goce de esta garantía laboral que hace parte además al derecho fundamental del trabajo.

Es importante anotar que la estabilidad laboral y el derecho de defensa no solo se predica de los empleados públicos sino también se irradia en el sector público a los trabajadores oficiales. También se predica esta garantía para los trabajadores particulares donde se establece la obligación para el empleador de indicar la causal (razones) que da lugar a la terminación de la relación laboral haciéndosele

exigible al empleador de que informe al trabajador los motivos soportan su decisión y garantizando al trabajador la posibilidad de ejercer su derecho de defensa, cuando la terminación procede por justa causa.

## CONCLUSIONES

- Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización.
- Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el Artículo 4º del texto fundamental.
- A través de los principios y derechos fundamentales consagrados en la Carta Fundamental, podemos interpretar el ordenamiento jurídico de una manera más precisa y coherente y con un componente ético, que conduzca a lograr el bien común para la sociedad que es en últimas la finalidad del derecho, y con ello concretar el valor de la justicia.
- El debido proceso como un derecho fundamental es reconocido no solo en nuestra Constitución sino también en diferentes normas internacionales. Este principio es aplicable a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Es definido por la Corte como “el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”. Se debe destacar para la aplicación del principio del debido proceso en el ámbito laboral, la importancia que tiene que se den a conocer al empleado o trabajador los motivos reales que conducen a su retiro para que este pueda ejercer cabalmente su derecho de defensa.
- La motivación es el elemento esencial del debido proceso para los actos administrativos por los cuales se decide el retiro de un funcionario en provisionalidad, dado que se deben precisar cuáles son las circunstancias de hecho y derecho por los cuales la administración sostiene la legitimidad de su decisión.
- La motivación de los actos administrativos es una elaboración relativamente actual, ya que en principio dentro del absolutismo monárquico se consideraba innecesario motivar cualquier decisión; no obstante frente a los abusos presentados y ante la consolidación de los Estados democráticos de Derecho, se fue consagrando en las leyes españolas y francesas, la motivación en el derecho administrativo. En Colombia se estableció la exigencia de la

motivación de los actos administrativos en los Artículos 35 y 36 del Decreto 01 de 1984, actualmente en la Ley 1437 de 2011 en el Artículo 44 y consagrándose además la causal de nulidad del acto administrativo por la falta de motivación en el Artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

- A partir de la Constitución de 1991, la motivación como expresión del principio de publicidad es recogida en el su Artículo 209. La conformación del Estado Social de Derecho implicó el sometimiento de las autoridades al Derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo por parte de las autoridades estatales. La Corte Constitucional en su jurisprudencia ha enfatizado el deber de motivar los actos administrativos como desarrollo del principio de publicidad y como elemento esencial para procurar evitar la arbitrariedad en las decisiones de la administración.
- De acuerdo con la doctrina existen las siguientes razones que soportan la motivación de los actos administrativos de retiro de empleados en provisionalidad: a.) La existencia de normas y convenios internacionales del trabajo, b.) El control judicial que se debe realizar a la potestad discrecional ya que se trata de una potestad jurídica relativa y sometida al derecho, c.) La motivación responde al principio de publicidad la cual además está ligada al principio de transparencia de la función pública, d.) La razón derivada del debido proceso, ya que al no motivarse se coloca en indefensión a la persona afectada al no poder ejercer una defensa jurídica y esto repercute a su vez en el acceso a la justicia, e.) La razón de prueba de la legalidad del acto ya que en el control judicial del acto administrativo la carga de la prueba se distribuye entre la administración que produce el acto y debe probar los supuestos de hecho y su correspondencia con el derecho, y el demandante deberá probar la legalidad de los motivos y finalmente, f.) La razón de la buena fe que implica no ocultar los hechos y las causas de la decisión por parte de la administración.
- De acuerdo con la doctrina la no motivación de acto de retiro sobre empleos pertenecientes a una carrera podrían configurar vicios de nulidad por incompetencia material y por falta de motivación del acto administrativo. De otra parte según la Corte Constitucional, esta no motivación genera un vicio de nulidad por desconocimiento al derecho fundamental al debido proceso, principio de publicidad y el derecho a la tutela judicial efectiva.

- Todo acto administrativo que no sea expresamente excluido por norma legal debe ser motivado. Entonces necesariamente debe haber motivación para el acto administrativo que decide el retiro de empleados de carrera o los que estén en provisionalidad. Solo existe la excepción legal al deber de motivación en tratándose de empleos de libre nombramiento y remoción; no obstante aun así deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida (Art. 26 Decreto Ley 2400/68).
- De acuerdo con la Corte Constitucional, el hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia. Además no existe una ley que considere que los cargos en provisionalidad sean asimilables a los cargos de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida una interpretación analógica en esta dirección como la hace el Consejo de Estado.
- Del trazo jurisprudencial se puede concluir que se hace necesaria la motivación de los actos administrativos por los cuales se retira del servicio público a los empleados en provisionalidad porque lo contrario significaría la vulneración de derechos fundamentales tales como el debido proceso, el derecho a la igualdad, el derecho al acceso a la administración de justicia, los principios de estabilidad laboral, legalidad, publicidad, transparencia y principio democrático.
- Se puede observar como la Corte Constitucional, realizando una interpretación sistemática y teleológica garantiza derechos fundamentales como el debido proceso al exigir la motivación de los actos administrativos para el retiro de empleados públicos en provisionalidad; pues está íntimamente conectada con derechos y principios ius fundamentales de carácter Constitucional.
- La Jurisdicción de lo Contencioso administrativo a través del Consejo de Estado, en contraposición a lo decantado por la Corte Constitucional realiza una interpretación más exegética del ordenamiento jurídico sin haber tenido en cuenta la Constitución del 91 ni el precedente constitucional, y consideró hasta el año 2010 que no era necesaria la motivación de los actos administrativos por los cuales se retira a empleados públicos en provisionalidad y que solo es exigible dicho requisito cuando se trata de cargos de carrera administrativa de conformidad con el Art. 125 de la CN. Con la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005 la Sección Segunda del Consejo de Estado dio un nuevo matiz a su interpretación a partir de dicha

norma, manifestando que si es necesaria la motivación para la terminación de vínculo de relación laboral de los empleados en provisionalidad; pero por razones del cambio normativo y no atendiendo los argumentos expuestos en forma contundente por la Corte Constitucional en el trazo jurisprudencial objeto de este trabajo.

- En un Estado Social de Derecho como el nuestro, no caben las facultades discrecionales absolutas solo relativas, y en consecuencia toda actuación de la administración pública a través del funcionario competente cuando se confieren estas facultades deben tener siempre un fundamento objetivo en sus decisiones, enmarcado en los fines del Estado, el interés general y de la norma que autoriza.
- El aspecto atinente a la motivación no solamente hace efectiva la garantía del debido proceso sino que está ligado directamente al principio de estabilidad laboral al que se refiere el Artículo 53 de la Constitución Nacional, en la medida en que los empleados públicos en provisionalidad ostentan una estabilidad relativa que debe respetarse por el Estado, y que solo es viable su retiro por razones objetivas como serían el reemplazo del funcionario en provisionalidad cuando se haya provisto el cargo por concurso público, o el funcionario incurra en una falta disciplinaria la cual debe precisarse en el acto administrativo que ordena el retiro del empleado público en provisionalidad para que pueda ejercer su derecho de defensa pilar del debido proceso.
- Es interesante tener en cuenta que en otro tipo de vinculaciones laborales tales como empleados de libre nombramiento y remoción, aunque no se exige una motivación en el acto administrativo si es necesaria la respectiva anotación en la hoja de vida del funcionario donde se expresarán las causas del retiro. Así mismo en tratándose de trabajadores oficiales y particulares debe concurrir una justa causa para tal efecto, pero previamente garantizando el derecho de defensa que hace parte del universal principio del debido proceso.
- Entre las sub-reglas que se pueden advertir en el presente trabajo de análisis jurisprudencial se encuentran las siguientes: i.) La motivación es elemento esencial del debido proceso para los actos administrativos por los cuales se decide el retiro de un funcionario en provisionalidad, dado que se deben precisar cuáles son las circunstancias de hecho y derecho por los cuales la administración sostiene la legitimidad de su decisión, ii.) Todo acto administrativo que no sea expresamente excluido por norma legal debe ser

motivado, iii) La no motivación de actos administrativos por los cuales se retira a servidores en provisionalidad genera violación a derechos fundamentales como el debido proceso, derecho a la igualdad, principio de estabilidad laboral, legalidad, publicidad, entre otros, iv) La forma de retiro de empleados públicos de carrera solo puede ser prevista constitucional y legalmente y no puede ser regulada por normas de inferior jerarquía, v) La falta de motivación configura una causal autónoma de nulidad susceptible de ser reclamada ante la jurisdicción contencioso administrativa en la medida que desconoce normas constitucionales (derecho fundamental al debido proceso, principio de publicidad y el derecho a la tutela judicial efectiva). Esto en razón a que el acto administrativo en su expedición debe observar prioritariamente la Constitución y no solo la ley o el decreto reglamentario, vi) La estabilidad laboral para funcionarios en provisionalidad es mayor que los de libre nombramiento y remoción, siendo precaria para los últimos y por ello la discrecionalidad para el retiro no puede ser la misma, toda vez que para los provisionales se exige la motivación del acto administrativo, vii) La acción de tutela se constituye como una petición autónoma y mecanismo idóneo para el solo efecto de exigir la motivación del acto administrativo de retiro de empleados provisionales, en aras de propender la protección del debido proceso, debido a que no existe otro mecanismo jurídico como la acción contencioso- administrativa para lograr este fin.

## **BIBLIOGRAFIA**

### **FUENTES NORMATIVAS:**

Convenio 158 de 1982 de la OIT

Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales- Protocolo de San Salvador- aprobado con la Ley 319 de 1996.

Constitución Nacional.

Ley 443 de 1998

Ley 909 de 2004

Ley 1437 de 2011

Decreto 2400 de 1968

Decreto 1950 de 1973

Decreto 01 de 1984

Decreto 1572 de 1998

Decreto 1227 de 2005

### **FUENTES JURISPRUDENCIALES**

#### **CORTE CONSTITUCIONAL**

#### **SENTENCIAS:**

T- 406-92, T-442-92, T-120-93, C-594/97 C-126/98, T-020-98  
SU-250-98, C-299-98 T-386-98, T-800-98, C-371-99, T-1013-99,  
T-009-00, C-734-00, T-1739-00, T-165-01, T-884-02, T-772-03,  
T-1206-04, T-031-05, T-222-05, T-746-05, C-1189-05, T-254-06,  
T-653-06, T-132-07, C-279-07, T-007-08, T-1112-08, T-251-09,  
T-736-09, C-071-10, C-431-10, SU-917-10, C-980-10, T-075 A-11  
C-089/11 SU-691-11, T-206-12.

## **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

Sentencia de diciembre 4 de 1995. Rad. 7551 M.P. M.P. Francisco Escobar  
Sentencia Marzo 29 de 1996, Rad. 8247.

## **CONSEJO DE ESTADO**

Sección II Plena, Sentencia de 13 de marzo de 2003. Expediente 1834 de 2001  
Sección II-Sentencia de marzo 13 de 2003. Expediente 4972 de 2001  
Subsección B- Sentencia de 18 de abril de 2002. Radicado 5093 de 2001  
Sentencia de 15 de Agosto de 2002. Expediente 745 de 2002  
Sala de Consulta y Servicio Civil- Sentencia del 17 de diciembre de 2003.  
Expediente 1493

## **FUENTES DOCTRINALES**

BOHORQUEZ, Luis. Diccionario Jurídico Colombiano. 2007.

BRICEÑO, Martha. Diccionario Analítico de Derecho Administrativo. 2008.

Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Filosofía del Derecho. 2008.

GOYES, Isabel. Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales. 2007.

KAUFMANN, Arthur. Filosofía del Derecho. 1997.

LOPEZ, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. 2000.

VILLEGAS, Jairo. Derecho Administrativo Laboral. Tomo I. 2005.