

SU250-98

Sentencia SU-250/98

DERECHO AL TRABAJO-No es absoluto

DERECHOS FUNDAMENTALES-Núcleo esencial

DERECHO AL TRABAJO FRENTE A LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES-Facultad de desarrollar una labor remunerada

REINTEGRO AL CARGO-Improcedencia general de tutela

La tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo; además, frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad "precaria" (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta. No se deduce de manera tajante que un retiro del servicio implica la prosperidad de la tutela, porque si ello fuera así prosperaría la acción en todos los casos en que un servidor público es desligado del servicio o cuando a un trabajador particular se le cancela el contrato de trabajo; sería desnaturalizar la tutela si se afirmara que por el hecho de que a una persona no se le permite continuar trabajando, por tutela se puede ordenar el reintegro al cargo. Solamente en determinados casos, por ejemplo cuando la persona estuviera en una situación de debilidad manifiesta, o de la mujer embarazada, podría estudiarse si la tutela es viable.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA/ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad/PERJUICIO IRREMEDIABLE-Elementos/ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación/PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA-Motivación del acto

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 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. 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. La motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. Pone de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la Administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto. Y, porque también permite el control de la actividad

administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la C. P. En otras palabras, la comunidad tiene derecho a estar informada, la sociedad no es indiferente al conocimiento de las resoluciones que le puedan interesar y por consiguiente para esa sociedad son importantes los motivos que originan una remoción; esta es una proyección del principio de publicidad y es corolario del Estado democrático. La publicidad, que implica motivación, es esencial en el ordenamiento colombiano. 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.

ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación concomitante y posterior

ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación como requisito de validez

DECLARACION DE INSUBSISTENCIA EN EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION-No motivación

FUNCION NOTARIAL-Es técnica/PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Incorporación de la confianza legítima/NOTARIO EN INTERINIDAD-Desvinculación por incumplimiento de deberes o por concurso

El cargo de Notario, sea de carrera, en propiedad o en interinidad, no está expresamente señalado dentro de la categoría de libre nombramiento y remoción; y no puede estar porque la función notarial es eminentemente técnica y esta circunstancia es la antítesis del libre nombramiento y remoción. Además, el Notario, aún el interino, no puede quedar al vaivén de los intereses politizados o personales del nominador. El Notario designado, así sea en interinidad, goza de una expectativa, solo podrá ser desvinculado, si no cumple con sus deberes y cuando la designación se haga por concurso. Una de las razones que justifican la anterior afirmación, está contenida en la figura de la confianza legítima, íntimamente ligada al principio de la buena fe. Esa confianza legítima, derivada de la buena fe, es un mecanismo válido para evitar el abuso del derecho. Es decir, hay que enfatizar que solo por concurso o por incumplimiento del deber se altera la permanencia de un Notario que desempeñaba sus funciones en interinidad. Lo contrario, desvincularlo sin estas razones, iría en contra de la buena fe y de la confianza legítima. Pero, no se puede ir al otro extremo de considerar que automáticamente todos los Notarios son inamovibles.

PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD-Nominación y retiro de servidores públicos

NOTARIO EN INTERINIDAD-Alcance del derecho a permanencia/FUNCION NOTARIAL-Interés general

Respecto a todos los Notarios interinos, bien sea que hayan sido nombrados antes o después de la Constitución de 1991, el derecho a permanencia se expresa en lo siguiente: como según el artículo 53 de la C.P. debe haber estabilidad en el empleo, ésta solo se puede afectar por motivos de interés general, luego tales motivos deben estar explicitados en el acto de desvinculación; además, la permanencia de Notario parte del presupuesto de que si cumple con sus deberes tiene un grado de confianza que le permite no ser retirado del

servicio. Por supuesto que, una vez hecho el concurso, se procederá a nombrar a quien lo gane. El interés general es un principio fundante y es también principio de la función pública por eso, cuando se afecte ese interés general puede haber retiro del interino; y esa afectación del interés general debe expresarse en la motivación del acto administrativo. Este es el alcance de la permanencia para los interinos mientras se hacen los nombramientos en propiedad previo el concurso ordenado por el artículo 131 C.P.

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL POR NO CONVOCATORIA A CARRERA NOTARIAL/CARRERA NOTARIAL-Organismo que la administra

NOTARIOS EN INTERINIDAD-Retiro debe ser motivado/EMPLEADOS DE CARRERA-Retiro debe ser motivado

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; salvo los empleados que tienen el estatutos de libre nombramiento y remoción. Los Notarios en interinidad no se pueden calificar como de libre nombramiento y remoción. Hoy el nombramiento de Notario debe hacerse en propiedad mediante concurso. El hecho de ser interino (que no es igual a libre nombramiento y remoción) no implica autorización para la no motivación del decreto que los retire. Si el nominador retira a un Notario interino y éste no es reemplazado por un Notario en propiedad, previo concurso, el acto administrativo que contiene la desvinculación debe incluir las razones formales y materiales, normativas y fácticas, que motivaron el retiro, de acuerdo con el parámetro de que es por motivos de interés general que afecten el servicio por lo que puede producirse el retiro.

DEBIDO PROCESO EN ACTO ADMINISTRATIVO-No motivación retiro del cargo

La falta de motivación de ese acto del Estado que retira del servicio a una persona nombrada en interinidad porque aún no se han hecho los concursos para ingresar a la carrera, es una omisión en contra del derecho porque 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. Esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en un indefensión constitucional. El art. 29 C. P. incluye entre sus garantías la protección del 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. La garantía consagrada en el art. 29 C.P., implica al respecto del esencial principio de contradicción de modo 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.

DERECHO DE DEFENSA EN ACTO ADMINISTRATIVO-No motivación retiro del cargo

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Alcance

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. En otras palabras, el debido proceso también apunta hacia la erradicación de la arbitrariedad, para impedir que se obstaculice la defensa en el proceso.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-No motivación acto de retiro del servicio

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL POR NO CONVOCATORIA A CONCURSO DE NOTARIOS

Referencia: expediente T-134192

Procedencia: Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín

Accionante: María Duque de Valencia

Temas:

Subsidiariedad de la tutela

Principio constitucional de publicidad

Motivación de los actos administrativos

El interés general de la función notarial

El principio de imparcialidad en la nominación y retiro de los servidores públicos -confianza subjetiva y objetiva-.

Estado de cosas inconstitucional por la no convocatoria a concursos en el caso concreto de los notarios.

El debido proceso y el derecho a defensa en el acceso en la justicia

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiseis (26) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por su Presidente Vladimiro Naranjo Mesa y por los magistrados doctores Carmenza Isaza de Gómez, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Susana Montes Echeverry (Conjuez), Fabio Morón Díaz, y Alejandro Martínez Caballero, como ponente, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro de la acción de tutela instaurada por Margarita María Duque de Valencia contra el Presidente de la República y el Ministro de Justicia y del Derecho.

HECHOS

El nombramiento expresamente decía: “mientras se provee el cargo en propiedad mediante concurso”. La verdad es que el último concurso para Notarios en Colombia se efectuó el 24 de febrero de 1986, y después no hubo más, porque se argumentó que había desaparecido el Consejo Superior de la Administración de Justicia que lo controlaba, (decreto 2163 de 1970), y que al actual Consejo Superior de la Judicatura no se le fijó competencia referente a la convocatoria de concursos para Notarios. Por ello, se afirma en la solicitud de tutela, que aún no se ha convocado a concurso para ocupar en propiedad dicha Notaría 25 de Medellín, luego, según la solicitante, debería ella continuar en el cargo.

2. Una vez posesionada la doctora DUQUE DE VALENCIA nombró las personas que le irían a colaborar en el desempeño de su cargo.

En 1996 fue catalogada tal Notaría “como modelo para la organización notarial del país”. En el expediente hay abundante prueba de que la señora Duque de Valencia mantuvo la Notaría en forma destacable y que el Fondo Nacional de Notariado seleccionó el 19 de junio de 1996 a dicha Notaría como pionera para el programa “software notarial”.

Entre las muchas manifestaciones que señalan la eficiencia de la recién creada Notaría 25 en cabeza de Margarita Duque de Valencia, se tiene:

Gerardo Gómez Mora, Gerente General de Bien Raíz (“los clientes nuestros....decían que valía la pena el desplazamiento desde el Poblado” para ser atendidos en la Notaría 25);

Ana Lucia Arango, representante de San Cipriano S.A. (“conocedores de la capacidad de la Dra. Margarita María Duque de V., nos trasladamos a dicha Notaría dejando a un lado las otras Notarías con que siempre veníamos trabajando”);

Francisco León Muñoz, gerente de F.M. Constructores (“utilizamos los servicios de la Notaría 25 en la ciudad de Medellín; siendo éstos de excelente calidad”);

Tulio Gómez, gerente de Londoño Gómez (“su atención a nuestros clientes, la información requerida suministrada a tiempo y gran cortesía” son las características de Margarita Duque de Valencia);

Fernando Correa, Presidente de La Regional (“eficacia y profesionalismo inigualable” en dicha Notaría);

Rafael Villa Moreno, Presidente de Noel (“excelente y oportuno servicio”);

Fernando Duque, Presidente de Inmobiliaria Suramericana (“el mejor de los servicios notariales”);

Juan Guillermo Londoño, representante de Ramón Hache (“total transparencia, honestidad, dedicación, elegancia y delicadeza en el manejo de los asuntos”);

Luis Botero, asesor legal de ACES (“durante el término durante el cual se desempeñó como Notaria la doctora Duque de Valencia, no utilizamos ningún otro servicio notarial de la ciudad”);

Alvaro Martínez, Presidente suplente de ACES, en igual sentido;

Rafael Echavarría, gerente de Bensa (“La Notaría 25 un modelo de empresa”);

José González, gerente de Promotores (“calidad del servicio que siempre encontramos”);

Leonardo Uribe, vicepresidente del BIC (“competencia y honestidad de la doctora Margarita Duque”);

En similar sentido se pronunciaron los representante legales de Sotoverde, Alta, Ediasstorga, Promotora Centro de Trabajo.

3. El 20 de febrero de 1997, mediante decreto 403, MARGARITA MARIA DUQUE DE VALENCIA fue retirada del cargo, sin motivación alguna, siendo reemplazada por el doctor Roberto Elías Cano, nombrado también en interinidad.

4. El 14 de marzo de 1997 la mencionada señora, por medio de apoderado instauró la tutela contra el Gobierno Nacional y contra el Ministerio de Justicia. No se dirigió contra Roberto Elías Cano porque en la solicitud se indicó que él se encontraba desempeñando la Notaría 2ª de Yarumal y que “hasta el momento” de instaurarse la tutela, la solicitante Duque de Valencia todavía “desempeñaba” la Notaría 25 de Medellín. En efecto, sólo hasta el 20 de marzo se posesionó el doctor Cano.

5. Se dice en la tutela que el retiro se debió a represalia política porque MARIA MARGARITA DUQUE DE VALENCIA es cuñada de FABIO VALENCIA COSSIO, ex-Presidente del Directorio Nacional Conservador y que la persona designada en interinidad para reemplazarla es un conocido seguidor del partido de gobierno. Es hecho público que el doctor Valencia Cossio era por aquel entonces Presidente de dicho Directorio.

6. Por otro lado, existen pruebas que arrojan datos sobre el hecho de que la solicitante llenaba suficientemente los requisitos para ocupar una Notaría de primera clase, pero no hay prueba de que lo devengando en este cargo se había constituido en elemento único para el “mínimo vital” de la existencia de la señora Duque de Valencia; es más, ni siquiera en el petitorio de la tutela se hace insinuación en tal sentido.

7. Las peticiones hechas en la tutela fueron las siguientes :

“1. Que se ordene al Gobierno Nacional, en cabeza del presidente de la República y el Ministerio de Justicia y del Derecho, la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad y

el trabajo de mi poderdante, y en tal virtud se le ordene revocar el Decreto 403 del 20 de Febrero de 1997, mediante el cual se decidió retirarla del servicio y nombrar para el cargo que ella venía ocupando al doctor Roberto Elías Cano Zuleta.

2. En subsidio de lo anterior, pido que, para tutelar los mismo derechos, se ordene al Gobierno Nacional, así integrado, que suspenda la ejecución de dicho decreto mientras se decida sobre su validez en la vía contencioso administrativa.

En subsidio de las anteriores peticiones, solicito que se tutele el derecho fundamental de mi poderdante al debido proceso y se le ordene al Gobierno Nacional, constituido como queda dicho, que suspenda la ejecución del Decreto referido y lo adicione, expresando los motivos reales que determinaron el retiro del servicio notaria de la doctora Margarita María Duque de Valencia y la designación del doctor Roberto Elías Cano Zuleta para reemplazarla, otorgándole a aquélla los recursos por la vía gubernativa que procedan contra el acto que ordena su desvinculación”.

Los derechos que en la solicitud se dice fueron violados son los consiguientes: Igualdad, trabajo y debido proceso.

8. Se agrega: Hay prueba de la presentación ante lo contencioso-administrativo de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en la cual no solamente se pide el reintegro al cargo sino también que “se condene a la Nación a pagarle a la doctora Margarita María Duque de Valencia el daño emergente, el lucro cesante y los perjuicios morales sufridos por ella en razón de su desvinculación ilegal del cargo.”

9. Sentencia de primera instancia:

El Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, el 7 de abril de 1997, concedió la tutela. Estas fueron algunas de las consideraciones expresadas por el a-quo :

“La doctora Margarita María Duque de Valencia fue nombrada en interinidad para desempeñar el cargo de Notaria veinticinco del circulo de Medellín “mientras se provee el cargo en propiedad mediante concurso”. Es decir que no se le señaló término alguno para el ejercicio de su cargo, y solo se le impuso como limitante a su permanencia en el cargo el nombramiento en propiedad de aquél funcionario que hubiere ganado el derecho a ejercer el cargo en concurso abierto al público.

El decreto 403 del 20 de Febrero de 1997 no menciona los motivos por los cuales se decide el cambio de la Doctora Duque para reemplazarla por otro funcionario en igualdad de condiciones, porque éste tampoco reunía las exigencias legales necesarias por no haber concursado y ganado éste. Es decir, se le prefirió, en igualdad de condiciones, por sobre quien venía ocupando el cargo, vulnerando la igualdad que debe imperar en la actuación pública, y mandada por la Constitución.”

Además, agregó el Tribunal :

“La inmotivada exclusión de un proceso de sustitución de funcionarios de la Notaria, sin observar el debido proceso, de la doctora Margarita María Duque de Valencia que previamente ocupaba el cargo, y que lo ha hecho durante varios años, es injusta e

inconstitucional, pues desconoce el esfuerzo de ella como funcionaria, despojó del trabajo a quien deriva del mismo el sustento personal y familiar, y, además, resultó tan excesivamente gravosa la decisión que ella equivale a una pena impuesta por motivos ocultos y silenciosos dignos de las mas oscuras épocas de represión y despotismo.

El Decreto 960 de 1970 establece que los notarios pueden ser de carrera o de servicio y desempeñar el cargo en propiedad, en carrera o por encargo.

Para desempeñar el cargo en propiedad se requiere el lleno de los requisitos legales, y, además, haber concursado y ganado éste, adquiriendo el titular el derecho a permanecer en el cargo sin ser suspendido ni destituido sino en los casos y con las formalidades que determina el mismo decreto 960.

En cambio, el nombramiento será en interinidad, según lo señala el artículo 148 de la misma norma antes citada en los siguientes casos:

1. Cuando el concurso sea declarado desierto, mientras se hace el nombramiento en propiedad
2. Cuando la causa que motive el encargo se prolongue más de tres meses, mientras ella subsista o se hace la designación en propiedad.

Durante el respectivo período, los interinos que reúnan los requisitos legales exigidos para el cargo, tienen derecho de permanencia mientras subsista la causa de la interinidad y no se provea el cargo en propiedad; los demás podrán ser removidos libremente.

El decreto 1737 del 3 de septiembre de 1993 estableció en sus considerandos que como "... mediante decreto número 1322 de Julio 9 de 1993 el Gobierno Nacional creó la Notaría veinticinco del círculo de Medellín (Comuna 11 denominada Laureles -Estado), Antioquia.

"Que se hace necesario designar Notario veinticinco del círculo de Medellín, Antioquia, en calidad de interino mientras se provee el cargo en propiedad mediante concurso", y por lo tanto para ello nombró a la doctora Margarita María Duque de Valencia, haciendo claridad en que permanecería en el cargo "mientras se provee el cargo en propiedad mediante concurso".

Como no se ha dado el concurso, como la doctora Duque no ha renunciado a su derecho a la permanencia, como se conservan los motivos que originaron el encargo, como el nombramiento del doctor Roberto Elías Cano Zuleta fue en provisionalidad, entonces se ha de considerar que es viable la petición que formula la tutelante en el sentido de que se suspendan los efectos del acto administrativo que ordenó el retiro del servicio de la doctora Margarita María Duque de Valencia como Notaria Veinticinco del círculo de Medellín, y nombró en su reemplazo al doctor Roberto Elías Cano Zuleta, porque con ello se están violando los derechos a las igualdad, al trabajo y al debido proceso, como quedó establecido anteriormente."

10. En segunda instancia, la Sala Plena Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el 14 de

mayo de 1997, revocó la decisión del a-quo con esta explicación :

“Sobre el asunto bajo examen es pertinente precisar que esta Corporación ha sostenido que de conformidad con los artículos 86 de la Constitución y 6° del decreto 2591, para la prosperidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio, no solo basta afirmar que con la misma se persigue evitar un perjuicio irremediable, sino que debe probarse los supuestos de hecho necesarios para inferir, razonablemente, la existencia de éste. El incumplimiento de esto último origina el fracaso de la petición, porque el sentenciador carece de los soportes básicos estatuidos en la ley para la reclamación del aludido perjuicio”.

Agrega la sentencia que la peticionaria tiene otros medios de defensa judicial. Por todo ello, la tutela no prosperó. Sea de advertir que con ocasión del fallo de primera instancia la solicitante fue reintegrada, pero, al ser revocada la decisión, se reintegró el Dr. Cano a la mencionada Notaría y la doctora Margarita Duque de Valencia quedó definitivamente retirada del servicio.

1. Auto de nulidad y procedimiento posterior

El 11 de noviembre de 1997, se ordenó poner en conocimiento del doctor Elias Cano (quien reemplazó a la doctora Margarita María Duque de Valencia) la nulidad consistente en no habérselo citado, al tramitarse la tutela, pese a que era un tercero que podría quedar afectado por la decisión. El doctor Cano no allanó la nulidad y por eso el 16 de enero de 1998, el a-quo, Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del 19 de marzo de 1997.

El 28 de enero de 1998 se profirió nuevamente la sentencia de primera instancia y tuteló ordenando reintegrar al cargo de Notaria 25 del Circulo de Medellín a la doctora Duque Valencia, hasta tanto la jurisdicción contencioso-administrativa resuelva la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que allá se instauró.

El 6 de febrero de 1998, el a-quo, a petición de la solicitante de tutela, suspendió por un mes el cumplimiento de lo concedido, mes que se contaría a partir de la decisión de la Corte Suprema de Justicia.

Pocos días antes, el 2 de febrero, el Presidente de la República había expedido el decreto 230 de 1998 reintegrando a Margarita María Duque de Valencia al cargo de Notaria 25 de Medellín, pero no se ha concretado el reintegro por la suspensión ordenada por el Tribunal el mencionado 6 de febrero de 1998.

El 11 de febrero se concedió la impugnación contra el fallo de primera instancia.

Estas fueron las principales razones para sustentar la decisión:

“Sobre el asunto bajo examen, es pertinente precisar que esta Corporación ha sostenido que de conformidad con los artículos 86 de la Constitución y 6° del Decreto 2591, para la prosperidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio no solo basta afirmar que con la misma se persigue evitar un perjuicio irremediable, sino que debe probarse los supuestos

de hecho necesario para inferir, razonablemente, la existencia de éste. El incumplimiento de esto último origina el fracaso de la petición, porque el sentenciador carece de uno de los soportes básicos estatuidos en la ley para la reclamación del aludido perjuicio.

La compilación probatoria acredita que el Presidente de la República y el Ministro de Justicia en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales en su condición de nominadores, expidieron el decreto 403 de 20 de febrero de 1997 para retirar del servicio público de notaria a la demandante, de donde fluye con claridad que se trata de un acto administrativo contra el que proceden las acciones y recurso legales ante la autoridad competente, vía judicial que le garantizaría la preservación de los derechos reclamados.

De lo planteado precedentemente y dado que la peticionaria tiene otros medios de defensa judicial para buscar lo pretendido, no procede la acción de tutela en ninguna de sus formas y por consiguiente se revocará la providencia impugnada para negar las pretensiones.”

FUNDAMENTOS JURIDICOS

A. COMPETENCIA

Es competente esta Sala de Plena de la Corte Constitucional para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86, inciso segundo y 241 numeral noveno de la Constitución en armonía con los artículos 33, 35, y 42 del Decreto No. 2591 de 1991. Además, su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente, del reparto que se verificó en la forma señalada por el reglamento y de la decisión de esta Corporación de fallarse la tutela en Sala Plena.

A. TEMAS JURIDICOS PARA EL CASO CONCRETO

La solicitud está orientada a la protección de los derechos fundamentales constitucionales de la igualdad y el trabajo, que se dice han sido vulnerados en el presente caso, por lo cual la solicitante cree que debe ser reintegrada al cargo de Notaria 25 de Medellín. También se afirma que se violó el debido proceso porque no se expresaron los motivos reales de la desvinculación impidiéndose así la formulación de recursos contra el acto administrativo. Entonces, habrá que dilucidar en lo sustantivo dos aspectos: la relación de los derechos de igualdad y del trabajo frente a la permanencia en el cargo, y en cuanto al debido proceso, hay que ver si hay afectación de éste por no motivarse una decisión de retiro. En lo adjetivo hay que considerar si existe otra vía judicial para lograr el reintegro, porque, como es sabido, en la tutela impera el principio de la subsidiariedad.

1. El derecho al trabajo y el derecho a la igualdad frente al retiro

1. Se harán algunas precisiones sobre el tratamiento constitucional del derecho al trabajo.

Está por un lado el derecho al trabajo como derecho subjetivo (artículo 25 C.P.) y por otro lado la política de empleo (“El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar”, artículo 54 C.P.) que constituye un derecho programático; son dos aspectos muy diferentes.

Por el contrario, son normas concordantes el artículo 53 C.P. sobre estabilidad en el empleo y el 125 C.P. que liga la estabilidad de los servidores públicos a la carrera administrativa. Clarificar es necesario para comprender el alcance de la permanencia en el trabajo.

En la sentencia T-047/95, (Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa) se indicó que todo derecho, así sea fundamental, es limitado y por consiguiente el derecho al trabajo no supone una expectativa absoluta; en la misma sentencia se hizo referencia al derecho de igualdad en relación con el trabajo; luego es un antecedente jurisprudencial que informa con seriedad el caso que se resuelve en la presente tutela. Este es el criterio expresado por la Corte Constitucional en la sentencia mencionada:

“Es cierto que el derecho al trabajo es fundamental, y, por tanto, su núcleo esencial es incondicional e inalterable. Pero lo anterior no significa que los aspectos contingentes y accidentales que giran en torno al derecho al trabajo, sean, per se, tutelables, como si fueran la parte esencial.

Una derivación del derecho al trabajo podría convertirse en parte esencial del mismo derecho, cuando concurren, a lo menos, varios elementos, como son la conexidad necesaria con el núcleo esencial del derecho en un caso concreto, la inminencia de un perjuicio si se desconoce el hecho, merecimiento objetivo para acceder al oficio o para ejercerlo, la necesidad evidente de realizarlo como única oportunidad para el sujeto. Si se confunde el derecho fundamental con los derivados del mismo, se daría el caso de que todo lo que atañe a la vida en sociedad sería considerado como derecho fundamental, lo cual es insostenible.¹”

1.2. Como la jurisprudencia transcrita plantea la inalterabilidad del NUCLEO ESENCIAL de un derecho fundamental, es indispensable ver en qué consiste, según la jurisprudencia, tal núcleo esencial:

“...El núcleo esencial de un derecho fundamental puede definirse como el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares.Visto desde la perspectiva de los derechos subjetivos, el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose. Por otra parte, la jurisprudencia de intereses ha diseñado una fórmula según la cual el núcleo esencial del derecho fundamental es aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.La interpretación y aplicación de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales está indisolublemente vinculada al orden de valores consagrado en la Constitución. La ponderación de valores o intereses jurídico-

constitucionales no le resta sustancialidad al núcleo esencial de los derechos fundamentales. El núcleo esencial de un derecho fundamental es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio”².

En otra Sentencia, sostuvo la Corte:

“...Siguiendo a Peter Haberle, se denomina ‘contenido esencial’ al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyuntura o ideas políticas³”.

Y en la T-047/95:

De acuerdo con lo anterior, se colige que el núcleo esencial de un derecho fundamental consiste en su naturaleza, es decir, en su esencia como principio de operación, en la esfera irreductible del derecho; en otras palabras, el núcleo esencial es el constitutivo del ente jurídico que determina su calidad de inherente a la persona. Aquel bien que por esencia se le debe a la criatura racional y en algunos casos a la persona moral, de manera incondicional.⁴”

1.3. En este último fallo se analizó además la relación entre trabajo e igualdad:

“El derecho al trabajo, al ser reconocido como fundamental, exige la protección a su núcleo esencial, pero no la trae consigo la facultad de obtener una vinculación concreta, porque ésta también puede constituir una legítima expectativa de otros, con igual derecho. Así, pues, en aras del derecho a la igualdad, no hay que proceder contra los intereses ajenos, sino en concordancia con ellos, de suerte que se realice el orden social justo, es decir, la armonía de los derechos entre sí.

Así las cosas, debe entenderse que el derecho al trabajo no consiste en la pretensión incondicional de ejercer un oficio o cargo específico, en un lugar determinado por el arbitrio absoluto del sujeto, sino en la facultad, in genere, de desarrollar una labor remunerada en un espacio y tiempo indeterminados.

Ahora bien, con respecto a la igualdad de oportunidades, por ésta se entiende la misma disposición en abstracto frente a una eventual situación; es compartir la expectativa ante el derecho, así después por motivos justificados, no se obtengan exactamente las mismas posiciones, o los mismos objetivos. Como todos los miembros de la especie humana comparten la identidad esencial, es lógica consecuencia que se compartan las mismas oportunidades. Este es uno de los casos en que la igualdad equivale a la identidad, pero en abstracto, porque en lo real será la proporcionalidad. La igualdad como sinónimo de identidad absoluta, de disponer exactamente de los mismos bienes, no es siempre posible, porque cuando aparece la titularidad sobre un derecho, dicha titularidad excluye a los demás, implicando una especie de discernimiento jurídico. Establecer una violación al principio de igualdad de oportunidades equivale a desconocer que los humanos tienen

identidad esencial, y, por ello, aspiraciones comunes, así luego la vida misma se encargue de establecer justas diferencias con base en la cantidad y calidad de trabajo real.⁵

Y es que la diferenciación abstracta implica discriminación, en tanto que la diferenciación real es requisito material para que opere la igualdad real, que se funda, según ya se dijo, en la proporcionalidad entre entes que se han diferenciado. Se iguala lo diverso. Sin lo anterior se haría imposible, por ejemplo, entender la igualdad dentro del pluralismo, que siempre parte del supuesto de una distinción. Se distingue, pero se equipara, y el acto de equiparar lo diverso se hace con base en la regla de la proporcionalidad, la cual está, por cierto, consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política, que señala entre los principios mínimos fundamentales que debe tener en cuenta el legislador para expedir el estatuto del trabajo, el de la “remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”.

1.4. Pues bien, la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo; además, frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad “precaria” (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta. En reciente sentencia se analizó uno de los excepcionales ejemplos en que hay propiamente estabilidad absoluta:

“Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía a la estabilidad en el empleo. En efecto, si bien, conforme al artículo 53 de la Carta, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, 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, pues sólo asegurando a los líderes sindicales una estabilidad laboral efectiva, resulta posible proteger otro valor constitucional, como es el derecho de asociación sindical (CP art. 39). Igualmente, en anteriores ocasiones, esta Corporación también señaló que, debido al especial cuidado que la Carta ordena en favor de los minusválidos (CP art. 54), estas personas gozan de una estabilidad laboral superior, la cual se proyecta incluso en los casos de funcionarios de libre nombramiento y remoción. En efecto, la Corte estableció que había una inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de los minusválidos, por lo cual, en tales eventos “es a la administración a quien corresponde demostrar por qué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión.”⁶”

En ese mismo orden de ideas, la Corte considera que, por las razones largamente expuestas en los fundamentos anteriores de esta sentencia, la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas. Por ello, los distintos

instrumentos internacionales han sido claros en señalar que no es posible una verdadera igualdad entre los sexos, si no existe una protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada. Así, el ordinal segundo del artículo 11 de la mencionada Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece, respecto a la estabilidad laboral y la licencia por maternidad.⁷”

Ahora se analizará si el reintegro puede caber o no como mecanismo transitorio, es decir, cuándo se dan los requisitos indispensables para que exista el perjuicio irremediable, base de dicho mecanismo transitorio.

2. La subsidiariedad en la tutela

La misma solicitante reconoce que existe otro procedimiento para reclamar el reintegro, se trata de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que se tramita en la jurisdicción contencioso administrativa, y ya se presentó dicha demanda en el presente caso, luego hipotéticamente sólo se aceptaría la tutela como mecanismo transitorio si hay un perjuicio irremediable. Por consiguiente hay que analizar este tema. La Corte ha dicho:

“Si la acción de tutela se otorga como mecanismo transitorio, debe existir un perjuicio irremediable. Por ello, la Sala considera importante recordar los elementos del mismo:

“A- El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación

oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.

El fundamento de la figura jurídica que ocupa la atención de esta Sala es la inminencia de un daño o menoscabo graves de un bien que reporta gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico, y que se haría inevitable la lesión de continuar una determinada circunstancia de hecho. El fin que persigue esta figura es la protección del bien debido en justicia, el cual exige lógicamente unos mecanismos transitorios, urgentes e impostergables, que conllevan, en algunos casos, no una situación definitiva, sino unas medidas precautelativas”8 .

Tal jurisprudencia será determinante cuando se examinen las peticiones en el caso concreto de la tutela por definir en este fallo.

3. La importancia de la motivación de los actos administrativos

Hoy, la desvinculación de una persona del cargo que venía ocupando exige un acto administrativo motivado?

En otras palabras, genéricamente se puede concebir un acto administrativo sin expresión de su causa jurídica ?

1. Planteamiento histórico y teórico del tema :

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 en la Legislación Indiana). 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). 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”.⁹ 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.

Más fuerte fue la crítica respecto a la discrecionalidad que hizo Eduardo García de Enterría, al decir: “Particularmente importante es la exigencia de motivación de los actos discrecionales, que ha establecido la nueva LPC, corrigiendo en este punto con acierto el antiguo artículo 43 LPA, que la omitía”¹⁰.

El planteamiento de que la discrecionalidad no se puede confundir con la arbitrariedad está magníficamente expresado en el libro “Estudios sobre la Constitución Española”, en la intervención de Tomás-Ramón Fernández :

“La nueva construcción a que aludo tiene que partir necesariamente del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que consagra el artículo 9.3 in fine, de la Constitución, principio cuya articulación técnica es también tributaria de la obra de GARCIA DE ENTERRIA (68).

En su significación más primaria, el principio en cuestión postula una distinción neta entre arbitrariedad y discrecionalidad, entre lo que es fruto de la mera voluntad o el puro capricho de los administradores y lo que, por el contrario, cuenta con el respaldo -mayor o menor, mejor o peor, es otra cuestión- de una fundamentación que lo sostiene.

Discrecionalidad no es arbitrariedad, como insisten en afirmar de un modo sistemático ya las Ss. de los Tribunales cualquiera que sea el rumbo ulterior de su argumentación, con cita expresa en todo caso subraya la S. de 21 de noviembre de 1985, “conceptos antagónicos”, que, en palabras de la Sentencia de 13 de julio de 1984, “nunca es permitido confundir, pues aquello (lo discrecional) se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso y no meramente de una calidad que lo haga inatacable, mientras que lo segundo (lo arbitrario), o no tiene motivación respetable, sino -pura y simplemente- la conocida sit pro ratione voluntas o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad.”

En la normatividad Colombiana también se ha tocado lo de la discrecionalidad, por ejemplo, el actual Código Contencioso Administrativo colombiano estableció la razonabilidad de las decisiones discrecionales en el artículo 36 : “En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

Desde octubre de 1975 la doctrina colombiana mediante concepto de la Sala de Consulta del consejo de Estado había recogido la tesis que un Estado de Derecho no hay facultades puramente discrecionales al decir:

“De manera general, se observa que las actuaciones administrativas, cualquiera que sea su materia, están reguladas más o menos detalladas en la ley. En algunos casos, la ley o el reglamento determinan la jurisdicción, el órgano competente, la facultad de que se trata, la oportunidad ejercería, la forma externa en que debe vertirse la decisión con que se ejerce, el sentido y finalidad en que debe ejercerse, los hechos cuya ocurrencia condiciona ese ejercicio. En síntesis: todo los pasos, forma, contenido, oportunidad, objetivo y efectos de la facultad administrativa cuya aplicación se está regulando. Todo está reglado en la norma y el órgano simplemente pone en acto la facultad atribuida. Esta forma detallada y completa de regulación es la ideal en el Estado de derecho, si la preocupación central de éste es la contención del poder y su subordinación al derecho en salvaguardia de los intereses de los administrados. Pero un tal tipo de reglamentación es de una rigidez impracticable ya que es imposible que la norma lo prevea todo y predetermine y calcule todas las formas de relaciones y consecuencias jurídicas de las mismas. Hay casos en que es forzoso dejar a la apreciación del órgano o funcionario algunos de aquellos aspectos. Unas veces será la oportunidad para decidir, facultándolo para obrar o abstenerse, según las circunstancias; otras, la norma le dará opción para escoger alternativamente en varias formas de decisión; en algunas ocasiones, la ley fijará únicamente los presupuestos de hecho que autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, dando al órgano potestad para adoptar la decisión conveniente. Esto es, que hay facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto margen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar, de juzgar, circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya para actuar o no hacerlo, o para escoger el contenido de su decisión, dentro de esos mismos criterios.

Pero, en consecuencia, no hay en el Estado de derecho facultades puramente discrecionales, porque ello eliminaría la justiciabilidad de los actos en que se desarrollan, y acabarían con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. En el ejercicio de la facultad reglada hay mera aplicación obligada de la norma: en el de la relativa discrecionalidad, la decisión viene a ser completa por el juicio y la voluntad del órgano que añaden una dimensión no prevista en la disposición que se esta”¹¹.

Pero es la doctrina italiana la que 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 que el 27 de septiembre de 1977 recomienda a sus integrantes el principio de que “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”.

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”.

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 hoy contempla el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, 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.

Esta tesis de motivar el acto, es reciente en nuestro ordenamiento, ya que antes del Decreto 01 de 1984 art. 35 no existía una obligación general, por ello, la jurisprudencia contenciosa consideró que la decisión administrativa expresa debía estar fundamentada en la prueba o en informes disponibles y motivarse, al menos en forma sumaria, si afectaba a particulares. La justificación de esa decisión fue la aplicación por remisión (artículo 282 C.C.A.) del artículo 303 del C.P.C. que dispone que “las providencias serán motivadas a excepción de los autos que se limiten a disponer un trámite”.

El ordenamiento jurídico contemporáneo preve 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 encausarlo, 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 lo 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 fé 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.

3.2. Criterios que actualmente maneja la doctrina en cuanto a la exigencia de motivación de los actos administrativos :

Dos posiciones se han adoptado frente a la exigencia de motivar los actos administrativos.

Quienes consideran que es un requisito de fondo y quienes piensan que es un requisito formal.

Es del primer criterio García Trevijano para quien la motivación es esencial y permite desenmascarar las posibles desviaciones de poder. Por su parte, García de Enterría dice :

“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. Por ejemplo : no bastaría jubilar a un funcionario invocando simplemente una razón de “incapacidad física” ; habrá que concretar qué incapacidad física en particular y cómo se ha valorado y en qué sentido la misma justifica legalmente la resolución. No cabe sustituir un concepto jurídico indeterminado que esté en la base de la Ley de cuya aplicación se trata por otro igualmente indeterminado; habrá que justificar la aplicación de dicho concepto a las circunstancias de hecho singulares de que se trata ; otra cosa no es expresar un motivo, es, más bien, formular una conclusión. 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. Nuestra jurisprudencia está normalmente en esta línea (quizá con la única excepción de los acuerdos de fijación del justiprecio expropiatorio por los Jurados Provinciales de Expropiación, acaso por tratarse de una motivación técnica más que jurídica) ; así, Sentencias de 21 de marzo de 1968, 23 de diciembre de 1969, 7 de octubre de 1970, etc. 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 la otra actitud, considerar que la motivación es un requisito formal, está Marienhoff, quien dice :

“La “motivación” no es otra cosa que un aspecto o ingredientes del elemento “forma” del acto administrativo : no es, pues, un elemento autónomo de dicho acto. Tiende a poner de manifiesto la “juridicidad” del acto emitido, acreditando que, en el caso, concurren las circunstancias de hecho o de derecho que justifican su emisión. Aléjase así todo atisbo de arbitrariedad. En suma : trátase de una expresión de la “forma” que hace a la substancia del acto.¹²”

De todas maneras, el criterio fundamental de la motivación incluye el deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario. En el escrito de Tomás-Ramón Fernández se indica :

“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.

La motivación, por otra parte, es, como ha dicho la SC. De 17 de junio de 1981, “no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos”, una garantía elemental del derecho de defensa, incluida en el haz de facultades que comprende el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a obtener una resolución fundada en el Derecho (SC. De 11 de julio de 1983).

Francisco Chamorro Bernal, en su libro *La tutela judicial efectiva*, páginas 207 y siguientes, al explicar la necesidad de la motivación, dice :

“Una aplicación manifiestamente arbitraria - por no razonada- de una norma supone una vulneración de la tutela judicial efectiva y permite la intervención del TC mediante el recurso de amparo.

“Ahora bien, ¿qué es una aplicación manifiestamente arbitraria ? El Diccionario de la Real Academia Española define la arbitrariedad como ‘acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho’.

“La arbitrariedad, por tanto, es lo contrario de la motivación que estamos examinando, es la no exposición de la causa de la decisión o la exposición de una causa ilógica, irracional o basada en razones no atendibles jurídicamente, de tal forma que la resolución aparece dictada solo con base en la voluntad o capricho del que la toma, como un puro voluntarismo.

“Una resolución puede ser arbitraria no solo porque no sea motivada y por tanto no ponga de manifiesto la razón de la misma, sino también porque, aún siendo aparentemente motivada, tal motivación sea claramente impertinente, no tenga nada que ver con lo que se está cuestionando, no sea jurídicamente atendible o no merezca el nombre de tal.”

Estas apreciaciones son de recibo no solo en la motivación de los fallos judiciales sino también en la motivación de los actos administrativos porque, en primer lugar, tanto en unos como en otros la motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. En segundo lugar, porque pone de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la Administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto. Y, en tercer lugar, porque también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la C. P. en la parte que consagra : “La función administrativa está al servicio de los intereses generales” y del artículo 123 en la parte que indica : Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad”. En otras palabras, la comunidad tiene derecho a estar informada, la sociedad

no es indiferente al conocimiento de las resoluciones que le puedan interesar (y, el nombramiento o el retiro de un Notario, persona que da fe pública de actos privados, es altamente importante para la comunidad) y por consiguiente para esa sociedad son importantes los motivos que originan una remoción de un Notario; esta es una proyección del principio de publicidad y es corolario del Estado democrático.

3.3. La motivación en Colombia, después de la Constitución de 1991

Las 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”¹³.

No podía ser de otra manera. En la Asamblea Nacional Constituyente en 1991 el doctor Juan Carlos Esguerra¹⁴ 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.

En conclusión: Está más que definido que la publicidad, que implica motivación, es esencial en el ordenamiento colombiano. Hasta el punto de que la Corte Constitucional, en un caso de tutela llegó a decir que “la falta de motivación del acto hace pensar que la administración no produjo el acto por razones del buen servicio administrativo”¹⁵.

3.4. Principio de publicidad

La motivación responde al principio de publicidad, entendiendo por tal la instrumentación de la voluntad como lo enseña Agustín Gordillo¹⁶ 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.

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 general¹⁷.

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.

3.4.1. Motivación concurrente 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.”

3.5. Requisito de validez

La motivación es un requisito de validez, más no de eficacia, pues son conceptos diferentes y con una connotación propia. Al respecto la Corte Constitucional dijo:

“se propone denominar validez sustantiva o validez en estricto sentido, al hecho de que una norma de inferior jerarquía no contradiga las disposiciones superiores, y en especial que armonice con los valores materiales defendidos por el ordenamiento constitucional. De otro lado, se propone llamar validez formal o vigencia al hecho de que la norma formalmente haga parte del sistema, por haber cumplido los requisitos mínimos para entrar al

ordenamiento. Y finalmente se designa eficacia jurídica o aplicabilidad a la posibilidad de que la disposición produzca efectos jurídicos, o al menos sea susceptible de hacerlo. Sin embargo, la Corte precisa que este último concepto no debe ser confundido con el de eficacia sociológica, que se refiere al hecho de que las normas alcancen sus objetivos y sean efectivamente cumplidas y aplicadas, o al menos que en caso de ser violadas, se imponga una sanción a su infractor.”¹⁸

3.6. Excepción

Dentro de los actos administrativos que no necesitan motivación están la nominación y la declaratoria de insubsistencia, en caso de los empleos que tienen el carácter de ser de libre nombramiento y remoción. La declaratoria de insubsistencia (decreto 1950 de 1973, artículo 107) responde a “la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados”.

Pues bien, como se trata de algo excepcional, esos empleos de libre nombramiento y libre remoción tiene que señalarlos taxativamente el legislador. Obedecen a una relación subjetiva porque la escogencia del colaborador se hace por motivos personales de confianza o por razones ligadas a plasmar y ejecutar una política (p. ej. ministros del despacho, directores de entidades descentralizadas, etc.) estableciéndose una relación “in tuitu personae” entre el nominado y el nominador.

Ya la Corte Constitucional, en la sentencia C-306 de 1995 (Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara) había dicho:

En el último de los eventos se advierte la consagración de una causal exceptiva abierta que otorga al legislador la competencia para determinar cuáles empleos, además de los previstos en la propia Constitución Política, se rigen por un sistema distinto al de carrera administrativa.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que el desarrollo de esa competencia que el artículo 125 superior otorga “un carácter restrictivo para que no vaya por esta vía a desaparecer, mediante una interpretación contraria, la regla general dispuesta por el Constituyente, a través de disposiciones expedidas por el legislador” (Sentencia No. C-356 de 1994 MP.: Dr. Fabio Morón Díaz).”

Y, en el caso concreto de las competencias del Presidente de la República, la propia Constitución en el artículo 189, numerales 1º y 13 permite que “nombre y separe libremente a los ministros del despacho y a los directores de departamentos administrativos” y “nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley” (subrayas fuera de texto).

3.7. Caso de los Notarios

El cargo de Notario, sea de carrera, en propiedad o en interinidad, no está expresamente señalado dentro de la categoría de libre nombramiento y remoción; y no puede estar porque

la función notarial es eminentemente técnica y esta circunstancia es la antítesis del libre nombramiento y remoción. Además, el Notario, aún el interino, no puede quedar al vaivén de los intereses politizados o personales del nominador.

El Notario designado, así sea en interinidad, goza de una expectativa, solo podrá ser desvinculado, si no cumple con sus deberes y cuando la designación se haga por concurso. Una de las razones que justifican la anterior afirmación, está contenida en la figura de la confianza legítima, íntimamente ligada al principio de la buena fé, y que fue caracterizado en la sentencia T-617 de 1995 (Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero) en la siguiente forma:

“El principio de la buena fe se presenta en el campo de las relaciones Administrado y administración, “en donde juega un papel no sólo señalado en el ámbito del ejercicio de los derechos y potestades, sino en el de la constitución de las relaciones y en el cumplimiento de los deberes, comporta la necesidad de una conducta leal, honesta, aquella conducta que, según la estimación de la gente, puede esperarse de una persona”.¹⁹

La buena fe incorpora el valor ético de la confianza. En razón a esto tanto la administración como los administrados deben actuar conforme a las exigencias de la buena fe, sin olvidar “Que el derecho nunca debe ser manejado de espaldas a su fundamento ético que debe ser el factor informante y espiritualizador”²⁰. Lo anterior implica que, así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas.

“La aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va a ser exigido en su lugar, en el momento ni en la forma más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas. Confianza legítima de que no se le va a imponer una prestación cuando sólo, superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida.”²¹

Esa confianza legítima, derivada de la buena fe, es un mecanismo válido para evitar el abuso del derecho.

“El principio de la buena fe, por tanto, en una de sus concretas aplicaciones constituye un límite al ejercicio de los derechos. Como lo constituye la prohibición del abuso del derecho.

En esta concreta aplicación del principio de buena fe, ¿qué diferencias se dan con la prohibición del abuso del derecho?

Cuando el apartado 1 del artículo 7º del Código Civil establece como límite al ejercicio de los derechos las exigencias de la buena fe, ¿establece unos límites distintos a los del apartado 2 del mismo artículo al referirse a los “límites normales del ejercicio de un derecho”?

El ejercicio abusivo del derecho se caracteriza, aparte por el resultado dañoso para un tercero, por sobrepasar manifiestamente los límites normales. Límites que no son los legales

(los establece la norma jurídica que los regula o el acto jurídico que los crea), sino los que, dentro de éstos, considera la conciencia social de la época, las costumbres y apreciaciones de la época. Como dice LACRUZ, no se trata de averiguar la voluntad del legislador al estructurar el derecho, dónde pueden llegar en la práctica de cada época las facultades concedidas por la ley. Se incurrirá en abuso si se ejercita para algo distinto.

Y cuando se prohíbe el ejercicio del derecho contra las exigencias de la buena fe, también se está haciendo referencia a unos límites impuestos por los criterios morales y sociales dominantes.²²”

Es decir que, para el caso que motiva la presente tutela, hay que enfatizar que solo por concurso o por incumplimiento del deber se altera la permanencia de un Notario que desempeñaba sus funciones en interinidad. Lo contrario, desvincularlo sin estas razones, iría en contra de la buena fé y de la confianza legítima.

Pero, no se puede ir al otro extremo de considerar que automáticamente todos los Notarios son inamovibles. Por supuesto que es indispensable distinguir las situaciones existentes antes de la Constitución de 1991 y las que surgen con posterioridad a ésta.

Quienes desde antes de la actual Constitución venían ejerciendo el cargo de Notarios en propiedad o en carrera adquirieron una situación consolidada protegida por los artículos 53 y 58 de la Carta Política hoy vigente. En consecuencia será la edad de retiro forzoso la que imperará para los Notarios en carrera ; y los Notarios que venían siendo calificados como en propiedad desde antes de 1991 han quedado amparados por el período de los 5 años, vigente para la época, renovables cada 5 años, mientras se realiza el concurso, que ordena el artículo 131 de la Constitución Política.

En cuanto a los Notarios que eran interinos antes de la vigencia de la Constitución de 1991, ellos tenían una situación precaria porque podían ser desplazados por los nombrados en propiedad. Hoy aquellos Notarios interinos mantienen tal precariedad en cuanto el período de permanencia que fijaban decretos anteriores a la actual Constitución, era un término de 5 años que sólo se aplicó para los interinos que venían desde antes de la Constitución de 1991, porque expedida ésta, ya no puede decirse que hay interinos con término fijo; esta afirmación se hace desde la perspectiva constitucional que es la que se maneja en la acción de tutela. Pero, eso no quiere decir que hayan quedado en una situación de absoluta inestabilidad sino que aunque pueden ser removidos, su remoción está condicionada a que el acto administrativo de desvinculación responda a los principios constitucionales de imparcialidad, eficiencia y publicidad, porque sólo así se sabe si hubo o no incumplimiento de los deberes por parte del notario, incumplimiento que justificaría el retiro.

Por ello, respecto a todos los Notarios interinos, bien sea que hayan sido nombrados antes o después de la Constitución de 1991, el derecho a permanencia se expresa en lo siguiente: como según el artículo 53 de la C.P. debe haber estabilidad en el empleo, ésta solo se puede afectar por motivos de interés general, luego tales motivos deben estar explicitados en el acto de desvinculación; además, la permanencia de Notario parte del presupuesto de que si cumple con sus deberes tiene un grado de confianza que le permite no ser retirado del servicio. Por supuesto que, una vez hecho el concurso, se procederá a nombrar a quien lo gane.

El interés general al cual ha venido haciendo mención este fallo, es un principio fundante (art. 1º C.P.) y es también principio de la función pública (art. 209 C.P.) por eso, cuando se afecte ese interés general puede haber retiro del interino; y esa afectación del interés general debe expresarse en la motivación del acto administrativo. Este es el alcance de la permanencia para los interinos mientras se hacen los nombramientos en propiedad previo el concurso ordenado por el artículo 131 C.P.

La sentencia C-181/97 (con ponencia del magistrado Fabio Morón Díaz) dijo que los Notarios son particulares encargados de la función notarial; esta caracterización a primera vista pareciera indicar que, al igual que ocurre en el rompimiento de la relación laboral, la no explicación del despido es en el fondo la aceptación de que fue injustificado; sin embargo, la misma Corte Constitucional en la sentencia C-166 de 1995 indicó que los Notarios “en el ejercicio de esas funciones ocupan la posición de la autoridad estatal gozando, por ende, de las prerrogativas del poder público”; es lo que se denomina prestación del servicio público mediante la colaboración de un particular que ha sido seleccionado en forma expresa por la Administración. Pues bien, si goza de prerrogativas también debe sujetarse a algunas reglas propias de las autoridades, es por eso que en la mencionada sentencia C-181/97 se dijo :

“La Constitución Política de 1991 alude al fenómeno comentado en los artículos 123, 365 y 210. La primera de las normas citadas defiere a la ley la determinación del régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y la regulación de su ejercicio, de conformidad con la segunda, los particulares prestan servicios públicos y de acuerdo con las voces del artículo 210, “los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”.

La forma en que se ha desdibujado la separación absoluta entre las esferas pública y privada en torno al desarrollo de actividades que interesan a la sociedad, se muestra propicia al afianzamiento de una concepción material de los asuntos públicos, por cuya virtud los particulares vinculados a su gestión, si bien siguen conservando su condición de tales, se encuentran sujetos a los controles y a las responsabilidades anejas al desempeño de funciones públicas, predicado que, según lo expuesto, tiene un fundamento material, en cuanto consulta, de preferencia, la función y el interés públicos involucrados en las tareas confiadas a sujetos particulares.

Acerca de este tópico, la Corte ha plasmado, en diversas sentencias, postulados que conviene transcribir:

“Cambia así sustancialmente la lectura del artículo 6º de la Constitución Política, que ya no admite una interpretación literal sino sistemática: a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse -se repite- en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo”.²³

El artículo 131 de la Carta Política instituye la función notarial como un servicio público en el que se advierte una de las modalidades de la aludida descentralización por colaboración, ya que la prestación de ese servicio y de las funciones inherentes a él ha sido encomendada, de manera permanente, a particulares, en lo cual la Corte no ha hallado motivos de inconstitucionalidad.

Ahora bien, las atribuciones de las que han sido investidos los notarios implican su sometimiento al régimen jurídico fijado por el legislador y aparejan el control y la vigilancia que ejerce el Estado, encargado por el Estatuto Fundamental de asegurar la eficiente prestación de los servicios públicos, de promover el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población y de garantizar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares (artículos 365, 366 y 2 de la C.P.).

Las decisiones que adopten los notarios pueden ser debatidas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, además, los artículos 195 y siguientes del decreto 960 de 1970 aluden a la responsabilidad civil en la que puede incurrir siempre que causen daños y perjuicios a los usuarios del servicio por culpa o dolo en la prestación del mismo.

El Consejo de Estado ha sostenido que “la función que desarrollan los notarios es por esencia una función pública, como que son éstos depositarios de la fe pública. Se trata de uno de los servicios públicos conocidos o nominados como de la esencia del Estado. Por ello al ejercer una típica función pública, las decisiones que profieran y las actuaciones que realicen son controvertibles ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal como lo preceptúa el artículo 82 del C.C.A.”.

Siendo ello así, se repite, es la jurisdicción contencioso administrativa la que definirá lo referente al retiro, mediante acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

4. Estado de cosas inconstitucional por la no convocatoria a concurso en el caso concreto de los notarios

Particular relevancia, para el estudio de los temas que ha suscitado la presente tutela, es el que surge de la orden perentoria dada en el inciso 2° del artículo 131 de la Constitución Política :

“El nombramiento de los notarios en propiedad se hará mediante concurso”.

Esta disposición forma parte del capítulo de la Constitución denominado “De la Función Pública”, uno de cuyos ejes centrales es el establecimiento de la carrera administrativa. Y, es sabido que el sistema de “carrera” se inicia con la convocatoria a concurso.

Hay sistemas especiales de carrera, uno de ellos la carrera notarial.

En lo referente al concurso y la convocatoria para la carrera notarial, el artículo 164 del decreto 960 de 1970, “por el cual se expide el estatuto del notario”, expresamente estableció en su artículo 164 :

“La carrera notarial y los concursos serán administrados por el Consejo Superior de la Administración de Justicia...”.

Aquí hay que hacer una necesaria aclaración :

El Decreto 1698 de 1964 que organizó la carrera judicial, creó como órgano consultivo del gobierno, el Consejo Superior de la Administración de Justicia. Indicó el artículo 4° de dicho decreto que el Consejo estaría integrado por los Presidentes de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, por el Procurador General de la Nación, por el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, por el Decano de una universidad privada escogido por la Asociación Colombiana de Universidades y por dos abogados designados por el Presidente de la República. Sus funciones tenían que ver única y exclusivamente con el Estatuto de la carrera judicial.

Posteriormente, el Decreto 250 de 1970 profirió nuevas normas sobre la carrera judicial y le dio, mediante el artículo 49, al Consejo Superior de la Administración de Justicia, funciones sobre el concurso para ingresar a la carrera judicial. Dice el mencionado artículo 49:

“El Consejo Superior de la Administración de Justicia sentará en cada oportunidad, las bases de los concursos, determinará las fechas en que deban realizarse, el sistema de calificación, los distintos factores para esta, y los administrará y calificará directamente y con la asistencia de la oficina de asesoría identidades públicas y privadas especializadas en la materia”.

Y, el artículo 43 al referirse a la carrera judicial establecida en los artículos 38 a 42 del mismo decreto 250 de 1970, estableció que dicha carrera judicial era administrada por el Consejo Superior de la Administración de Justicia.

Sin embargo, el artículo 164 del decreto 960 de 1970, estableció que el Consejo Superior de la Administración de Justicia, tendría además funciones referentes a la carrera notarial y sus concursos; dice la norma:

“La carrera notarial y los concursos serán Administrados por el Consejo Superior de la Administración de Justicia...”

En razón a que la función anterior era distinta de la función original de administrar lo referente a la carrera judicial, la norma le dio al Consejo Superior de la Administración de Justicia una integración diferente dijo la norma:

“... integrado entonces, por el Ministro de Justicia, los Presidentes de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Tribunal Disciplinario, el Procurador General de la Nación y dos notarios, uno de ellos de primera categoría, con sus respectivos suplentes personales, elegidos para períodos de dos años por los notarios del país, en la forma que determine el reglamento. Para el primer período la designación se hará por los demás miembros del Consejo. En el Consejo tendrá voz, entonces el Superintendente de Notariado y Registro”.
(subrayas fuera de texto).

De lo anterior se deduce que un mismo organismo consultor: Consejo Superior de la Administración de Justicia tenía las funciones de administrar la carrera judicial y la carrera notarial, pero con dos integraciones radicalmente distintas en razón de los organismos cuya carrera se administraba. No de otra manera se entiende la insistencia del legislador en poner

el adverbio “entonces”, que, según el diccionario de María Moliner significa: “adverbio equivalente a “en ese caso”, con que se expresa una cosa que se dice consecuencia de lo que ha dicho”, es decir, que la integración para el caso concreto de la administración del concurso y la carrera notarial es diferente a la integración original de ese Consejo para el cumplimiento de las funciones relativas a la carrera judicial.

Es de advertir que el Decreto 250 de 1970 sobre carrera judicial, fue reformado por el Decreto 52 de 1987, que nueva y exclusivamente se refirió a la carrera judicial, indicándose en el artículo 8º que tal carrera judicial sería administrada por el Consejo Superior de la Administración de Justicia, los Consejos Seccionales de la Carrera, las Corporaciones Judiciales y los Jueces. Y en el artículo 9º modificó la integración del Consejo Superior de la Administración de Justicia, para la función judicial, quedando integrado para el cumplimiento de lo referente a la carrera judicial de la siguiente forma: por el Ministro de Justicia o su delegado, delegados de la Corte Suprema, Consejo de Estado y Tribunal Disciplinario, el Procurador General de la Nación o su delegado, un representante de los funcionarios de la rama jurisdiccional y un representante de los empleados judiciales. La Corte Suprema de Justicia, en fallo del 25 de junio de 1987, declaró inexecutable en parte el artículo 9º en cuanto incluyó al Ministro de Justicia y al Procurador General de la Nación dentro de la integración del mencionado Consejo. El artículo 10º señaló las funciones de tal Consejo en lo referente a la rama judicial, por ejemplo, efectuar las convocatorias a concurso para la provisión de cargos de magistrados de tribunal y empleados de la Corte Suprema de Justicia, elaborar las listas de aspirantes admitidos a los anteriores concursos, inscribir en la carrera a magistrados de tribunales y empleados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Observa la Corte Constitucional que el ámbito de aplicación del decreto 52 de 1987 no altero el decreto 960 de 1970, ya que el artículo 142 del decreto 52 no incluyó dentro de las normas derogadas al mencionado decreto 960; en efecto, dijo la norma:

“El presente decreto rige a partir de su promulgación y modifica en lo pertinente el decreto 250 de 1970. Sustituye y deroga: el decreto 2400 de 1986, excepto los artículos 67 y 1373 a 194, 201, 206 y 207; los decreto 1768 y 1373 de 1986 y el decreto 1190 de 1986, excepto los artículos 2º y 4º”.

Y no podía derogar el decreto 960 de 1970 por la sencilla razón de que éste se refiere al Estatuto Notarial, y el decreto 52 de 1987 se refería a la carrera judicial. Además, el decreto 52 de 1987 fue expedido en virtud de las facultades expresas del artículo 1º, inciso 3º de la ley 52 de 1984, que se refirió a:

“ARTICULO 1º.- De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de dos años para:

...3º Revisar, reformar y poner en funcionamiento el estatuto de la Carrera Judicial.”

Las facultades extraordinaria en ningún instante contempla atribuciones referentes al Estatuto Notarial, única y exclusivamente contempla aspectos referente a la administración de justicia, luego, el decreto extraordinario 52 de 1987 debe leerse en relación con la rama judicial. Por eso, cuando la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 9º del decreto 52 de 1987, esta determinación no afectó la integración del

Consejo que decidiría lo referente a la administración del concurso y carrera de los notarios, puesto que la razón para esa inconstitucionalidad parcial fue la de que ni el Ministro de Justicia ni el Procurador intervinieran en la designación de funcionarios judiciales. Es de advertir que las funciones de administración de carrera judicial fueron atribuidas por la actual Constitución en su artículo 256, numerales 1 y 2 al Consejo Superior de la Judicatura.

Hechas las anteriores aclaraciones, surge la siguiente pregunta: ¿La Constitución de 1991 y las normas que la han desarrollado, derogaron o no, en forma expresa o tácita, el artículo 64 del Decreto 960 de 1970 que le señaló funciones al Consejo Superior de la Administración de Justicia, en lo referente a la carrera notarial y sus concursos?

La anterior disposición no ha sido derogada expresa ni tácitamente, porque la Constitución se limitó en el tema de los notarios a ordenar el nombramiento de los mismos en propiedad mediante concurso y no le atribuyó a ningún organismo constitucional la administración de la carrera notarial y de su concurso, y las normas que han desarrollado la Constitución no han modificado el mencionado artículo 164 del Decreto 960 de 1970.

Significa lo anterior que el Consejo Superior de la Administración de Justicia, establecido por el artículo 164 del Decreto 960 de 1970, Estatuto del Notariado, es un organismo consultor cuya integración no era permanente sino ocasional de acuerdo con las funciones previamente señaladas por la ley. Y, no puede confundirse dicho Consejo Superior de la Administración de Justicia, con otro que con el mismo nombre existía con funciones referentes a la rama judicial y con integración distinta a la del Consejo Superior de la Administración de Justicia encargado de la Carrera Notarial y sus concursos.

Todo lo anterior significa que no hay explicación razonable para que no se convoque a concurso para designación de notarios en propiedad, ya que hay normatividad vigente en lo referente a organismo que administra la carrera y el concurso.

Si algún vacío quedare por el tránsito de legislación, el inciso 2° del artículo 2° de la ley 27 de 1992 dice :

“Mientras se expiden las normas sobre administración del personal de las entidades y organismos con sistemas especiales de carrera señalados en la Constitución, que carecen de ellas, le serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley”.

Como no se ha convocado a concurso para la designación de notarios en propiedad, lo cual ha debido hacerse en toda la República, se llega a la conclusión de que se está dentro de un estado de cosas abiertamente inconstitucional.

La Corte Constitucional ha considerado que por mandato del artículo 113 de la Constitución “Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”. Y que, es dentro de este contexto que adquiere importancia la calificación que judicialmente se haga de la existencia de un estado de cosas inconstitucional, puesto que ello implica la necesidad de dar órdenes para que cese ese estado de cosas inconstitucional, y así se hará en la presente sentencia.

5. El debido proceso

El problema que se plantea en esta tutela, en relación con el debido proceso, es si la falta de motivación para el retiro constituye violación de aquél derecho.

La respuesta es contundente: según se explicó anteriormente, 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; salvo los empleados que tienen el estatutos de libre nombramiento y remoción.

Ya se dijo que los Notarios en interinidad²⁴ no se pueden calificar como de libre nombramiento y remoción. (Inclusive desde el decreto 960 de 1970 art. 149 se diferenció entre la interinidad y el libre nombramiento y remoción). Hoy el nombramiento de Notario debe hacerse en propiedad mediante concurso (art. 131 C.P.). concurso que debe ser abierto²⁵, con respeto integral a los artículos 13 y 40 de la Constitución, porque solo así se garantiza a todos los colombianos el acceso al cargo, con los requisitos exigidos para la igualdad de oportunidades.

El hecho de ser interino (que no es igual a libre nombramiento y remoción) no implica autorización para la no motivación del decreto que los retire. Si el nominador retira a un Notario interino y éste no es reemplazado por un Notario en propiedad, previo concurso, el acto administrativo que contiene la desvinculación debe incluir las razones formales y materiales, normativas y fácticas, que motivaron el retiro, de acuerdo con el parámetro ya señalado de que es por motivos de interés general que afecten el servicio por lo que puede producirse el retiro.

La falta de motivación de ese acto del Estado que retira del servicio a una persona nombrada en interinidad porque aún no se han hecho los concursos para ingresar a la carrera, es una omisión en contra del derecho porque 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).

Esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en un indefensión constitucional. El art. 29 C. P. incluye entre sus garantías la protección del 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. La garantía consagrada en el art. 29 C.P., implica al respecto del esencial principio de contradicción de modo 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.

La idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica y engloba, en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que pueden colocarse en el marco del art. 29, por ser esta norma de carácter abierto.

Es, pues, de la esencia de las garantías de protección, la posibilidad de debatir, de lo contrario se cae en indefensión y, por ende, se restringe y viola el debido proceso en su fase de la defensa.

No es lógico ni justo que al afectado por un acto administrativo de desvinculación (salvo en los casos de libre nombramiento y remoción) no se le indica el motivo del retiro para que se defienda del en señalamiento que se le hace.

Y si ello ocurre (desvinculación sin motivación) se viola el debido proceso consagrado en el artículo 29 C.P. para “actuaciones judiciales y administrativas”, 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 C.P..

C A S O C O N C R E T O

En cuanto a la petición de reintegro:

Se parte de la base de que la doctora MARIA MARGARITA DUQUE DE VALENCIA fue nombrada en interinidad con las connotaciones ya anotadas de que el cargo de Notario debe hacerse por concurso. El hecho de que en el decreto de nombramiento se dijera que la designación era mientras se proveía el cargo en propiedad, no está señalando un término inmodificable de duración; en cuanto el incumplimiento de deberes puede dar lugar a la desvinculación; tampoco puede afirmarse que el término es de 5 años porque este lapso señalado en normas pre- constitucionales (decretos 2156/70 y 2148/83) se tornan inaplicable para Notarios interinos designados después de 1991 cuando la Constitución estableció que los Notarios son nombrados en propiedad mediante concurso, luego no puede haber término para lo interinos. De todas maneras, será la jurisdicción contencioso-administrativo la que defina las consecuencias del retiro. Respuesta la prosperidad de la tutela como mecanismo transitorio, en el asunto sometido a consideración de la Corte Constitucional no se ve por ningún lado que la señora Duque de Valencia estuviere en circunstancias especiales (v. gr. que los emolumentos recibidos constituyeran su mínimo vital), que permitieran deducir que se le ocasionó un perjuicio irremediable. Si no se afecta el mínimo vital no hay la urgencia para conjurar el peligro.

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. En otras palabras, el debido proceso también apunta hacia la erradicación de la arbitrariedad, para impedir que se obstaculice la defensa en el proceso.

La pregunta es si en el presente caso, el decreto 403 de 1997 que expresamente determinó : “Retírase del servicio a la doctora MARGARITA MARIA DUQUE DE VALENCIA, Notaria Veinticinco del Círculo de Medellín, Antioquia”, sin justificación por parte del Presidente de la República y del Ministro de Justicia y del Derecho, constituye una violación al principio de publicidad que debe acompañar a los actos de la administración con el fin de facilitar el principio de contradicción que es propio del debido proceso.

En primer lugar, el decreto por medio del cual se retiró del servicio a la doctora DUQUE DE VALENCIA, no tiene las características de publicidad, dentro del criterio que a tal principio se

le ha venido dando, es decir, que la publicidad no se identifica con la publicación sino que va más allá de ésta, exigiéndose motivación, no solamente formal sino material, como eso no se hizo, en el presente caso, se violó el debido proceso.

Se podría argüir que el encabezamiento del decreto, al citar unas normas podría equivaler a los considerandos de un acto administrativo. Se responde que no es esa la motivación para retirar porque sería aceptar los formalismos por encima de lo sustancial y ello sería equivocado e injusto. Además, el decreto de retiro de la doctora Duque de Valencia invoca el numeral 13 del artículo 189 de la Constitución Política. Dicho numeral hace referencia a nombramientos cuya provisión no sea por concurso, pero ocurre que las Notarías deben proveerse por concurso. Tampoco puede decirse que el mismo numeral 13 del artículo 189 le permite al Gobierno "nombrar y remover libremente sus agentes", puesto que los Notarios según lo ha dicho la Corte Constitucional son empleados particulares, es decir, no son agentes del gobierno. Tratándose de Notarios de Primera clase, provisionalmente los puede nombrar el Presidente de la República, mientras se provee el cargo por concurso, pero eso no significa que mientras no haya concurso son agentes del gobierno.

También se cita en el decreto 403 de 1997 (que es el que dispone el retiro de la doctora de Valencia), el artículo 5 del decreto 2163 de 1970. Esta norma no se refiere al retiro, sino todo lo contrario, a que la provisión y permanencia en el cargo de Notario es por el período de cinco años. El decreto fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencias de 17 y 21 de junio de 1971. Pero, como ya se dijo, después de la Constitución de 1991 es inaplicable para los interinos designados con posterioridad a la entrada en vigencia de la actual Constitución. Por supuesto que este criterio expresado se ubica bajo la perspectiva constitucional, por lo mismo, los motivos de desvinculación tienen que estar relacionados con la afectación del interés general.

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.

También invoca el decreto del retiro al artículo 61 del decreto reglamentario 2148 de 1983, que ratifica el período de cinco años y agrega que si ya se ha iniciado el período, el Notario designado será para el tiempo restante. Es decir, la norma no tiene nada ver con el retiro de la doctora Duque de Valencia y vale la acotación de párrafo anterior.

En conclusión, 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. Mientras no lo haga está violando el debido proceso. En el presente caso se incurrió en tal omisión, luego la tutela prospera por este aspecto, de lo cual se infiere que debe dársele al Presidente de la República y al Ministro de Justicia y el Derecho la orden de que profieran el acto administrativo para que la doctora Duque, pueda nuevamente controvertir el asunto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, si es que esa sería su determinación.

Quedaría por dilucidar si se podrían o no adoptar unas medidas que el decreto 2591 señala : indemnización de perjuicios y/o llamado a prevención.

En cuanto a los perjuicios ya esta Corporación ha indicado que en tutela sólo es posible decretarlos cuando no existe otro camino. En el presente caso sí existe otra vía, luego no se puede reclamar por tutela. Es más, en el petitorio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se solicita que se condene a la Nación al pago del daño emergente, lucro cesante y perjuicios morales.

Respecto al llamado a prevención, el tema es complejo. En la situación tan especial de los notarios, hay la circunstancia de que no ha habido voluntad política para hacer los concursos, y este es un estado de cosas inconstitucional que exige una orden perentoria por parte de la Corte. Una última anotación, referente a la suspensión de la orden de tutela, dada por el Tribunal que precisamente profirió la orden. Considera la Corte que esto no estaba permitido porque si prosperó la tutela como mecanismo transitorio, se deduce que el perjuicio irremediable era inminente y grave y las medidas eran urgentes; además, el cumplimiento de una orden de tutela es inmediato.

En mérito de lo expuesto la Sala Plena de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por autoridad de la Constitución.

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia, proferida en la tutela de la referencia. En su lugar se CONCEDE la tutela respecto al derecho al debido proceso. Consecuencialmente SE ORDENA al Presidente de la República y al Ministro de Justicia y del Derecho que expliciten las causas y hechos concretos para haber retirado a la doctora Margarita María Duque de Valencia de la Notaría 25 del Círculo de Medellín. Lo harán mediante acto administrativo motivado según se indicó en el presente fallo y en el término de cinco días a partir de la notificación de este fallo. Acto que, si lo estima pertinente la doctora Duque de Valencia, quedará sujeto a las respectivas acciones contencioso-administrativas.

Segundo.- Por Secretaría se librarán de inmediato la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos del caso.

Tercero.- ORDENAR que se notifique acerca de la existencia del estado de cosas inconstitucional derivado del incumplimiento del inciso 2º del artículo 131 de la C.P., al no haberse convocado a concurso para notarios en toda la República. Esta notificación se hará al Superintendente de Notariado y Registro y al Consejo Superior de la Administración de Justicia, integrado como la señala el decreto 960 de 1970 según se dijo en la parte motiva de este fallo. En consecuencia, SE ORDENA que en el término de seis (6) meses, contados a partir de la notificación de la presente sentencia se proceda a convocar los concursos abiertos para Notarios, según se indicó en la parte motiva de este fallo.

Notifíquese, cúmplase, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

VLADIMIRO NARANJO MESA

Presidente

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Magistrado

SUSANA MONTES ECHEVERY

Conjuez

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Salvamento de voto a la Sentencia SU-250/98

ACCION DE TUTELA-Carácter subsidiario (Salvamento de voto)

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Motivación acto de retiro del servicio (Salvamento de voto)

NOTARIO EN INTERINIDAD-Libre nombramiento por el Gobierno (Salvamento de voto)

Con toda consideración con los H. Magistrados que suscriben la sentencia anterior, nos permitimos consignar por escrito el resumen de las razones y fundamentos que nos llevaron a disentir de la sentencia de mayo 26 de 1998, proceso T-134192.

1. De conformidad con la ley y la jurisprudencia ampliamente expuesa por la H. Corte Constitucional, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario y, por lo mismo, no procederá en aquellos casos en que exista otro medio de defensa para reclamar el respeto al derecho presuntamente vulnerado, a menos de que se trate de la hipótesis en la cual se pretenda, con la protección de la tutela y como medida transitoria, evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

1. En el caso sometido a estudio, es claro que existe otro mecanismo de protección de los derechos de la accionante, cual es el procedimiento judicial para reclamar ante la jurisdicción contencioso administrativa a través de las acciones contencioso administrativas consagradas en el código contencioso administrativo, mecanismo de protección al cual acudió la peticionaria instaurando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Además, no aparece demostrado en este proceso que exista el riesgo de que se vaya a producir un perjuicio irremediable y, mucho menos, que éste tenga las características a que se refiere la sentencia C-470/97 de la H. Corte Constitucional, M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, transcrita parcialmente por la sentencia de cuya resolución disintimos.

1. Ahora bien, en dicho proceso deberá decidir el Juez Contencioso Administrativo, acerca de la legalidad del acto expedido por el Gobierno Nacional, análisis de legalidad que comprende no sólo el estudio y decisión acerca de la existencia de un eventual derecho de estabilidad relativa derivada del ejercicio del cargo de Notaria para el cual fue designada en interinidad, sino que deberá ocuparse de definir si, por su calidad de Notaria Interina, la expedición del acto de remoción debía haberse motivado por el Gobierno; esto es, si hubo o no expedición irregular del acto administrativo.

1. Así, es claro, que también la reclamada tutela o protección del derecho al debido proceso tiene otro camino jurídico de amparo en el presente caso, regulado expresamente por el C.C.A. artículo 84, a cuyas voces "(...) Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, O EN FORMA IRREGULAR, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación (...)". De esta manera es claro que no resulta procedente, en el caso en estudio, ni el ejercicio de la acción de tutela ni su otorgamiento. Si el acto carece de motivación y ella era obligatoria por mandato legal, el Juez Contencioso procederá a declarar la nulidad del mismo.

1. Finalmente, debemos manifestar que no podemos compartir la tesis sostenida en la sentencia, según la cual, entratándose de actos administrativos relacionados con la remoción de funcionarios en los cargos o empleos públicos, solamente el que declara la insubsistencia de un nombramiento efectuado para el desempeño de uno de los cargos definidos como de libre nombramiento y remoción no requiere motivación, pues, a nuestro juicio, y de conformidad con la ley, existen situaciones laborales, previstas por la ley que, por su naturaleza, son eminentemente transitorias y precarias, y que, por lo mismo no generan ni pueden generar ningún tipo de estabilidad; es el caso de los notarios que deben ser designados libremente por el Gobierno, con carácter de interinidad, para el desempeño de los cargos correspondientes quienes no han concursado ni han obtenido derecho alguno a estabilidad.

1. El hecho o circunstancia de que el Congreso Nacional no haya expedido, con posterioridad a la Constitución de 1991, una ley especial que reglamente los concursos a que deben someterse los aspirantes a ingresar a la carrera del Notariado, no puede significar ni traducirse en un derecho de estabilidad en el empleo para quienes ingresen o hayan ingresado en calidad de interinos: su condición eminentemente transitoria y, por lo mismo, precaria no puede transformarse para generar un derecho de permanencia en el cargo.

Fecha ut supra.

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

SUSANA MONTES DE ECHEVERRI

Conjuez

1 Sentencia N° T-044/95

2 Sentencia No. T-426/92, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

3 Sentencia No. T-002/92, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero

4 Sentencia T-047/95, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

5 Abel Naranjo Villegas, "Filosofía del Derecho". Edit. Temis. Bogotá, 1990.

6 Sentencia T-427 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 7. Ver igualmente la sentencia T-441 de 1993. MP José Gregorio Hernández Galindo.

7 Sentencia C-470/97, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

8 Corte Constitucional. Sentencia N° T- 225/93 Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

9 GASTON JEZE, Principios Generales del Derecho Administrativo

11 Consejo de Estado, Sala consulta, Concepto. Oct. 22 de 1975.

12 MARIENHOFF, Miguel S.. "Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Tercera edición, pág. 326.

13 Eduardo Cifuentes Muñoz, sin salvamento de voto, sólo contiene una aclaración de voto del magistrado José Gregorio Hernández Galindo, respecto de un tema muy diferente.

14 En la sesión plenaria de mayo 30 de 1991 el Constituyente señaló que resulta indispensable la constitucionalización del principio de la publicidad porque "es de la esencia

de la actividad administrativa”.

15 T-297/94, M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL

16 Agustín Gordillo, Tratado de derecho administrativo, Tomo III, págs. X-2 y ss.

17 Manual de derecho administrativo, pág. 445.

18 Sentencia C-443 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

19 González Pérez Jesús, El Principio General de la buena fe en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas, pág 43.

20 Ibidem, Pág 59

21 IDEM.

22 GONZALES Pérez, Jesús, El Principio de la Buena fe en el Derecho Administrativo, CIVITAS Monografías, Editorial CIVITAS, S. A., págs. 26-27.

23 Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-286 de 1996.

24 No es impropia la denominación que se ha venido haciendo de interino porque no estando sujetos los Notarios a la reforma administrativa de 1968, el vocablo interino tendrá las connotaciones que se le dió desde el Código de Régimen Político y Municipal (Ley 4ª de 1913 art. 293), en armonía con el citado decreto 960 de 1970, artículo 145.

25 Al respecto puede verse, entre otras, la sentencia C-063 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.