

Sentencia T-395/03

DERECHO AL TRABAJO-Clases de estabilidad laboral

ALCALDE LOCAL-Es cargo de libre nombramiento y remoción

DEBIDO PROCESO-Imposición de sanciones

ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación

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

HOJA DE VIDA-Actualización

HOJA DE VIDA-Actualización de insubsistencia y causas del retiro/DEBIDO PROCESO-Vulneración por no actualización de hoja de vida

Es necesario incluir en la hoja de vida no solo el resultado (declaratoria de insubsistencia) sino las razones que llevaron a la determinación del nominador. Se deben reseñar la totalidad de las causas que llevaron al nominador para retirar del servicio a un empleado ya que esto hace parte de un flujo de datos veraz. En el presente caso ello era indispensable, sobre todo ante la existencia de un segundo decreto que levantó la sanción pero ratificó el despido. La violación al debido proceso consiste en que el alcalde Mayor no dejó constancia en la hoja de vida del demandante de su insubsistencia y de las causas del retiro, lo que era deber suyo conforme se expuso en el texto de la presente sentencia. Por esta razón prosperará la acción de tutela instaurada.

Referencia: expediente T-695806

Peticionario: Iván Martínez Rojas

Procedencia: Juzgado 32 Civil Municipal de Bogotá

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D.C., quince (15) de mayo de dos mil tres (2003).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra quien la preside, Eduardo Montealegre Lynett y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de las sentencias proferidas por el Juzgado 32 Civil Municipal de Bogotá y el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá dentro de la tutela instaurada por Iván Mauricio Martínez Rojas contra la Alcaldía Mayor y la Secretaría de Gobierno de Bogotá.

## ANTECEDENTES

1. El señor Iván Mauricio Martínez Rojas fue nombrado alcalde de la localidad de Usme el 7 de diciembre de 2001. Tomó posesión del cargo el 10 de diciembre del mismo año.

1. El Jefe de la Unidad de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico de la Personería de Bogotá D.C., mediante auto 026 del 7 de junio de 2002, pidió al Alcalde Mayor que suspendiera a Martínez Rojas del cargo de Alcalde Local y a los señores Luis Alfredo Jiménez Porras y Luis Alfonzo Velandia Palomares, en su condición de ediles de Usme, por el término de tres meses.

1. La investigación había sido abierta el día anterior, 6 de junio de 2002, con base en una información del noticiero City T.V., según la cual los tres funcionarios, en concurrencia, habrían incurrido en manejos indebidos. En el auto de la Personería se habla de celebración por parte del alcalde menor de un contrato con la Fundación “Avanzar” que subcontractaba con personas pertenecientes a las listas de los dos ediles antes mencionados. También dice

la Personería que en un debate efectuado el 26 de marzo de 2002 el Alcalde Local, señor Martínez Rojas, le solicitó al edil Luis Alfonso Velandia Palomares que le indicara quien tenía el perfil para nombrarlo jefe de máquinas. Según el auto 026, estos dos hechos demostraban el propósito de favorecer a terceros.

1. En el mencionado auto 026 de 7 de junio de 2002 se precisó que contra la decisión no procedía recurso alguno. Sin embargo, por mandato legal, se envió el expediente al Despacho del Personero Distrital para efectos de la consulta del auto sancionatorio.

1. El mismo día 7 de junio se remitió a la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. copia del mencionado auto y el Alcalde Mayor, el 12 de junio de 2002, suspendió al funcionario “provisionalmente a partir de la fecha y por el término de tres meses..”.

1. El 11 de julio de 2002 el Alcalde Mayor D.C., dos meses antes de que se venciera el término de suspensión, profirió el decreto 303, sin motivación alguna, pero invocando en su encabezamiento el decreto ley 1421 de 1993. Por medio de dicho decreto se declaró insubsistente el nombramiento de Iván Mauricio Martínez Rojas a partir del 11 de julio de 2002.

1. El mismo 11 de julio del 2002, el Personero de Bogotá D.C., resolvió la consulta mediante auto 090. Es una providencia extensa (aparece de folios 14 a 56 del informativo de la Personería) que revocó la determinación del inferior. Desde el folio 15 hasta el folio 35 el Personero Distrital hace el análisis de los alegatos y de las pruebas. Se reseña en el auto que el Alcalde Local alegó que según el Manual de Contratación de la Secretaría de Gobierno de Bogotá de 5 de abril de 2001 la función del Alcalde Local es solamente la de suscribir el contrato, que respecto al contrato de consultoría con una Fundación éste fue objeto de examen previo por parte de la Oficina Asesora de Control Interno de la Alcaldía Mayor de Bogotá y además fue la única propuesta que se presentó. Sobre estas afirmaciones no hubo

opinión diferente por parte de la Personería. En cuanto a la otra acusación, quedó plenamente demostrado en el informativo que mal podía el 26 de marzo de 2001 el Alcalde Local pedirle al edil señor Velandia un posible candidato para maquinista, porque dicho edil ese día no asistió a la sesión, como consta en actas. Hubo sí un intercambio de palabras entre el Alcalde Local y otro edil (también esto consta en actas) y en la discusión se habló de perfiles no cumplidos por candidatos para el puesto de maquinista y la dificultad para encontrar al candidato apropiado.

1. Al folio 36, del auto del Personero Distrital por medio del cual se resolvió la consulta, se relata que “se tuvo conocimiento de que el doctor Iván Mauricio Martínez Rojas, fue declarado insubsistente por parte del Alcalde Mayor de Bogotá, mediante decreto # 303 de julio de 2002 por lo que por sustracción de materia no es del caso evaluar la legalidad de la suspensión provisional frente a él”. No existe referencia alguna a prueba documental que se hubiere enviado a la Personería para sustentar la información de la declaratoria de insubsistencia, pero en el expediente de tutela si figura copia del mencionado decreto y en el se aprecia la falta de motivación .

1. En todo caso, en el auto que resolvió la consulta, considera el ad-quem que las pruebas y alegatos presentados dan base para la revocatoria de la sanción impuesta. “no puede mantenerse la medida provisional ordenada contra los ediles...y tampoco respecto del doctor Iván Mauricio Martínez Rojas por haber sido declarado insubsistente de su cargo por parte del Alcalde Mayor, a través del decreto 303 de julio de 2002”. En consecuencia, el Personero revocó “la decisión adoptada mediante el auto # 026 del 7 de junio de 2002, proferida por la Unidad de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico, respecto de la suspensión provisional ordenada contra el doctor Iván Mauricio Martínez Rojas, en su calidad de Alcalde Local de Usme, y de los Ediles Luis Alfredo Jiménez Porras y Luis Alfonzo Velandia Palomares, conforme a la motivación presentada en este proveído”.

1. El 27 de agosto de 2002 el Alcalde Mayor de Bogotá D.C., mediante decreto 366,

determinó: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el decreto 303 del 11 de julio de 2002, ordénase levantar la suspensión provisional al doctor Iván Mauricio Martínez Rojas, en cumplimiento del auto # 090 del 11 de julio de 2002, proferido por el Personero Distrital , a través del cual se revocó la decisión adoptada mediante auto # 26 del 7 de junio de 2002, del Jefe de la Unidad de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico de la Personería Distrital”. Es decir, se revocó la sanción de suspensión provisional pero se mantuvo la declaratoria de insubsistencia.

1. Consta en el expediente que la comunidad de Usme respaldó masivamente al Alcalde Local y protestó porque se lo hubiera sancionado. Hay centenares de firmantes y numerosos escritos provenientes de directivos de acción comunal de los barrios de la localidad, dirigentes deportivos, culturales, religiosos, educadores, madres comunitarias y ciudadanía en general que alaban la gestión del señor Martínez Rojas. Algunos de ellos señalan a la concejal Lilia Camelo y a la Secretaria de Gobierno del Distrito como las instigadoras de la remoción del alcalde de Usme.

#### Solicitud de tutela

El señor Iván Martínez Rojas dice que se le han violado los siguientes derechos fundamentales: igualdad, buen nombre, honra, debido proceso y trabajo. Pone de presente que en un caso similar ( declaratoria de insubsistencia de la alcaldesa de la localidad de Los Mártires) por sentencia de la Corte Constitucional se ordenó el reintegro. Por consiguiente, solicita que se deje sin ningún valor el decreto de insubsistencia y consecuentemente se lo reintegre al cargo.

#### Respuesta de la Secretaría de Gobierno enviada al juez de tutela

La iniciación del trámite de la tutela fue puesta en conocimiento del Alcalde Mayor de Bogotá y de la Secretaria de Gobierno del Distrito Capital. Solamente respondió la Secretaría de Gobierno, oponiéndose al amparo. Sustenta su oposición en varias razones. Son dignas de mencionar:

1. Los Alcaldes Locales son de libre remoción en ejercicio de la discrecionalidad que tiene el Alcalde Mayor. Esa discrecionalidad del Alcalde Mayor permite prescindir de los servicios de un servidor público que ostenta un nombramiento ordinario, incluso cuando está en curso un proceso disciplinario en la Personería.

2. El precedente jurisprudencial citado por el peticionario de la tutela (T-713/99) corresponde a una situación diferente a la examinada en el presente caso.

3. Considera que por la declaratoria de insubsistencia, ningún derecho fundamental se le violó al señor Iván Mauricio Martínez Rojas.

4. Según la entidad demandada, la tutela solo procede por actos ilegítimos de la administración y existe ineptitud sustancial de la acción por ausencia de legitimación pasiva de la Secretaría de Gobierno del Distrito Capital.

#### PRUEBAS

Obran en el expediente las siguientes pruebas, aportadas tanto por el solicitante como por la Secretaría de Gobierno del Distrito Capital:

1. Decreto 234 de junio 12 de 2002

1. Decreto 303 de julio 11 de 2002

1. Decreto 366 de agosto 27 de 2002

1. Decreto 911 de 2001 y acta de posesión

1. Auto 26 de 7 de junio de 2002

1. Auto 090 de 11 de julio de 2002

1. Notificaciones de autos y decretos

1. Ejemplar del periódico El Tiempo

1. Reclamación dirigida al noticiero de City T.V.

1. Numerosas copias de oficios y comunicaciones dirigidas a las autoridades respaldando al Alcalde Local de Usme.

#### SENTENCIAS OBJETO DE REVISION

El 28 de octubre de 2002 el Juzgado 32 Civil Municipal negó la tutela porque en su criterio existe otro medio de defensa judicial y al peticionario se lo podía retirar del cargo por cuanto era funcionario de libre nombramiento y remoción. Según el a-quo: "... no puede entenderse que la discrecionalidad que la misma ley le da a determinados funcionarios nominadores, para nombrar o remover libremente a servidores públicos designados en cargos que no son de carrera, pueda condicionarse y con ello discutirse en el ámbito de tutela, pues aun cuando la Corte Constitucional ha sentado que discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, debe el fallador constitucional tener presente la prevalencia y naturaleza de esta facultad, de suerte que para tomar una determinación que la limite, debe tener la certeza de que la desvinculación en discusión, obedece a un claro acto arbitrario del nominador, lo que no puede presumirse, ni aún tenerse por sucedido, con las meras conclusiones que sobre el particular efectúe el servidor desvinculado".

El 9 de diciembre de 2002 el Juzgado 1° Civil del Circuito de Bogotá confirmó la decisión del a-quo por las mismas razones. Según el ad-quem, le corresponde al peticionario acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no puede acudir a procesos alternativos o sustitutivos de los contemplados en la legislación ordinaria. Igualmente considera que no se han quebrantado los derechos fundamentales invocados y que, tratándose de alcaldes locales, puede prescindir de ellos "en el momento que lo considere conveniente sin necesidad de motivar su decisión".

#### COMPETENCIA

Esta Corte es competente para revisar los fallos de tutela de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional y el decreto 2591 de 1991; así mismo por la selección del respectivo expediente.

La presente tutela fue instaurada contra el Alcalde Mayor y la Secretaria de Gobierno del

Distrito Capital. La acción no fue dirigida contra funcionarios de la Personería de Bogotá. Por consiguiente, serán las actuaciones del Alcalde y de su Secretaría de Gobierno, las que se examinarán. Concretamente se estudiará si la declaratoria de insubsistencia del Alcalde Local de Usme viola o no derechos fundamentales. Para resolver se considera:

#### 1. La estabilidad laboral

En la sentencia T-047/951 se indicó que aún los derechos fundamentales son limitados. Se dijo lo siguiente:

“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.”

Por consiguiente, el derecho al trabajo no se puede confundir con la estabilidad absoluta.

Existen varias clases de estabilidad laboral:

#### 1. La estabilidad impropia (pago de indemnización)

1. La estabilidad “precaria” (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad),

1. La estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido).

No se puede afirmar 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.

#### 2. Designación y remoción de los alcaldes locales

El artículo 323 de la Constitución en uno de sus apartes dice: “Los alcaldes locales será designados por el alcalde mayor de terna enviada por la correspondiente junta administradora”.

La sentencia C-368 de 1999 hizo la caracterización del Alcalde Local: “ Este cargo existe únicamente en el distrito capital de Santafé de Bogotá. El distrito está dividido en distintas localidades, las cuales están sometidas a “la autoridad del alcalde mayor, de una junta administradora y del respectivo alcalde local”, como lo establece el artículo 61 del Estatuto Orgánico de Santafé de Bogotá (decreto 1421 de 1993).”

En cuanto a la pregunta de si tales funcionarios son de libre nombramiento y remoción, el artículo 84 del decreto 1421 de 1993 establece:

“Nombramiento. Los alcaldes locales serán nombrados por el Alcalde Mayor, de terna elaborada por la correspondiente junta administradora. Para la integración de la terna del empleará el sistema del cuociente electoral. Su elaboración tendrá lugar dentro de los ocho días iniciales del primer período de sesiones de la correspondiente junta.

El alcalde Mayor podrá remover en cualquier tiempo a los alcaldes locales. En tal caso la respectiva junta integrará nueva terna y la enviará al Alcalde Mayor para lo de su competencia.

Quienes integren las ternas deberán reunir los requisitos y calidades exigidas para el desempeño del cargo.

No podrán ser designados alcaldes locales quienes estén comprendidos en cualquiera de las inhabilidades señaladas para los ediles. Los alcaldes locales tienen el carácter de funcionarios de la Administración Distrital y estarán sometidos al régimen dispuesto para ellos”. (Subraya fuera de texto).

“Son atribuciones del Alcalde Mayor:

(...)

“8. Nombrar y remover libremente los secretarios del despacho, los jefes de departamento administrativo, los gerentes de entidades descentralizadas, el tesorero distrital y otros

agentes suyos. Conforme a las disposiciones pertinentes, nombrar y remover a los demás funcionarios de la Administración central. Igualmente, velar por el cumplimiento de las funciones de los servidores distritales y ejercer la potestad disciplinaria frente a los mismos..”.

Sin embargo, con posterioridad al decreto 1421/93, se expidió la ley 443 de 1998 que dice lo contrario porque reseñó a los alcaldes locales dentro de los funcionarios de libre nombramiento y remoción.

El artículo 5° de dicha ley indica:

ARTÍCULO 5º. De la clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo conforme a la Constitución y la ley, aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación y los de trabajadores oficiales.

2. Los empleos de libre nombramiento y remoción que correspondan a los siguientes criterios:

1. Los de dirección, conducción y orientación institucionales, que adelante se indican, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

(...)

“En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial

Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Distrital; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Area Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; Jefe de Control Interno; Jefe de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor e Inspector de Tránsito y Transporte o el que haga sus veces, y Personero Delegado de los municipios de categoría

especial y categorías uno, dos y tres. (Lo resaltado es fuera de texto).

En la sentencia C-368/99 se declaró constitucional tal caracterización. Se dijo en el fallo:

“Como funcionarios cuya designación surge de la conjunción de voluntades de las juntas administradoras locales y del alcalde mayor, los alcaldes locales representan los proyectos políticos sustentados por las juntas y el alcalde mayor. A los alcaldes menores les corresponde participar en la realización de esos proyectos, para lo cual asumen funciones de dirección política - para aplicar el proyecto político en su localidad - y se mantienen en una relación de extrema confianza con la cabeza de la administración, el alcalde mayor.

Las razones anteriores son suficientes para establecer la constitucionalidad de la clasificación del empleo de alcalde local como de libre nombramiento y remoción.”

Las normas y la jurisprudencia no dejan duda alguna sobre la facultad que el Alcalde Mayor tiene de remover a los alcaldes locales. Debe admitirse entonces, que son de libre nombramiento y remoción, aunque de una categoría especialísima porque la designación, por mandato constitucional y legal, no puede apartarse de una terna que responda al sistema del cuociente electoral, y una vez designado el alcalde local, él queda sometido al régimen de los funcionarios de la administración distrital. Lo anterior indica que para efectos de faltas disciplinarias debe actuarse según un debido proceso.

### 3. El debido proceso en la imposición de sanciones

Toda imposición de sanciones, debe estar precedida de la realización de un procedimiento en el cual se permita al implicado el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción. La garantía del debido proceso ha sido establecida a favor de la persona, cuya dignidad exige que si se deducen en su contra consecuencias negativas derivadas del ordenamiento jurídico, tiene derecho a que se le oiga y se examinen y evalúen las pruebas que obran en su contra y también las que constan en su favor.<sup>2</sup>

Tratándose de la suspensión provisional en razón de una investigación, la ley 734/02, establece:

“Artículo 157. Suspensión provisional. Trámite. Durante la investigación disciplinaria o el juzgamiento por faltas calificadas como gravísimas o graves, el funcionario que la esté adelantando podrá ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público, sin derecho a remuneración alguna, siempre y cuando se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere.

El término de la suspensión provisional será de tres meses, prorrogable hasta en otro tanto. Dicha suspensión podrá prorrogarse por otros tres meses, una vez proferido el fallo de primera o única instancia.

El auto que decreta la suspensión provisional será responsabilidad personal del funcionario competente y debe ser consultado sin perjuicio de su inmediato cumplimiento si se trata de decisión de primera instancia; en los procesos de única, procede el recurso de reposición.

Para los efectos propios de la consulta, el funcionario remitirá de inmediato el proceso al superior, previa comunicación de la decisión al afectado.

Recibido el expediente, el superior dispondrá que permanezca en secretaría por el término de tres días, durante los cuales el disciplinado podrá presentar alegaciones en su favor, acompañadas de las pruebas en que las sustente. Vencido dicho término, se decidirá dentro de los diez días siguientes.

Cuando desaparezcan los motivos que dieron lugar a la medida, la suspensión provisional deberá ser revocada en cualquier momento por quien la profirió, o por el superior jerárquico del funcionario competente para dictar el fallo de primera instancia.

Parágrafo. Cuando la sanción impuesta fuere de suspensión e inhabilidad o únicamente de suspensión, para su cumplimiento se tendrá en cuenta el lapso en que el investigado permaneció suspendido provisionalmente. Si la sanción fuere de suspensión inferior al término de la aplicada provisionalmente, tendrá derecho a percibir la diferencia.”

Las autoridades en un Estado Social de Derecho no pueden sustraerse del respeto a los derechos fundamentales<sup>3</sup>. No se pueden imponer sanciones disciplinarias sin garantizar el

debido proceso<sup>4</sup>, o cuando interpretan las normas de los reglamentos internos de forma incompatible con la Constitución<sup>5</sup>.

Pero, si en la investigación se escuchó al afectado, se recibieron las pruebas de descargo y se revocó la sanción que inicialmente se le impuso, no se puede hablar de violación al debido proceso en dicha investigación. Máxime si la actuación la adelantó una autoridad diferente a aquella contra quien se dirige la tutela; y, el proceder de la entidad demandada, en cuanto a la sanción provisional, se limitó a cumplir con lo pedido por el investigador.

Por lo tanto, en el caso que motiva la presente acción de tutela el examen se limitará a examinar la actuación del Alcalde Mayor, para ver si en la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante se violaron derechos fundamentales.

#### 4. La importancia de la motivación de los actos administrativos

En la sentencia de segunda instancia, proferida en el presente caso, se dice que la declaratoria de insubsistencia no requiere de motivación.

Se analizará a continuación la posición jurisprudencial:

a. La sentencia SU-250/98 dijo que la motivación de los actos administrativos es una elaboración jurídica relativamente actual. Se mencionó en dicho fallo la crítica que hizo Eduardo García de Enterría a la discrecionalidad: “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” 6. Resaltó la Corte que la discrecionalidad no se puede confundir con la arbitrariedad. Por eso 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”.

En octubre de 1975 la Sala de Consulta del Consejo de Estado aceptó la tesis de que un Estado de Derecho no hay facultades puramente discrecionales:

“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”<sup>7</sup>.

b. En la Constitución de 1991, la motivación de los actos administrativos, como expresión del principio de publicidad, surge del 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...”.

En la sentencia SU-250/98 se explicó que la motivación hace parte de la necesaria publicidad de los actos administrativos.<sup>8</sup> Se dijo:

“La motivación responde al principio de publicidad, entendiendo por tal la instrumentación de la voluntad como lo enseña Agustín Gordillo<sup>9</sup> 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 general<sup>10</sup>.

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.

c. Pese a lo anteriormente indicado, se ha dicho que existe una excepción a la motivación y que esto acontece en la declaratoria de insubsistencia, ya que 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”. A su vez, el artículo 26 del decreto 2400 de 1968, que es precisamente el que permite la declaratoria de insubsistencia. dice:

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

En la sentencia de constitucionalidad C-734/00 se declaró exequible dicho artículo.

Además, al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 34 del Decreto 2146 de 1986, la Corte, considerando también que la desvinculación inmotivada de funcionarios de libre nombramiento y remoción no vulnera la Constitución, expresó:

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

d. Sin embargo, la jurisprudencia hace esta aclaración respecto al artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968 (sentencia C-734/00):

“9. el artículo 26 del decreto Ley 2400 de 1968, leído íntegramente indica que en la respectiva hoja de vida del funcionario desvinculado, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que ocasionaron su retiro. Esta prescripción aleja a la facultad discrecional que se contiene en la norma, de la posibilidad de ejercerse en forma caprichosa o arbitraria, al ordenar dejar constancia posterior, aunque sumaria, de la motivación que condujo a la decisión de declarar insubsistente al funcionario. Por ello, el sentido completo del artículo 26 consiste en indicar que la providencia que ordena la desvinculación no tiene que expresar dentro de su propio texto la motivación de tal decisión, no obstante lo cual debe dejarse constancia de ella en la hoja de vida del servidor público. Así, el funcionario desvinculado puede conocer las razones que llevaron a declarar la insubsistencia de su designación, y si estima que ellas configuran una arbitrariedad, un abuso o una desviación de poder, ejercer los medios de defensa judicial a su alcance.

Respecto de esta prescripción legal que ordena dejar constancia posterior de la motivación de la decisión de desvinculación, la propia Corte, en la ya citada Sentencia SU-250 de 1998, sin entrar a decidir sobre la constitucionalidad de la disposición ahora bajo examen, pues se trataba de un fallo proferido en sede de tutela, hizo en torno a ella los siguientes comentarios:

“...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”.

(...)

“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.”

10. De esta manera, la lectura completa de la disposición acusada, lleva a concluir sobre su exequibilidad. No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda. No hay en este caso, excepción al principio de publicidad de los actos administrativos, pues el interesado puede conocer la motivación que originó su retiro. En virtud de lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de la proposición jurídica completa conformada por el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, toda vez que la expresión parcialmente acusada, no puede ser considerada en sus efectos jurídicos independientemente del resto del texto de la norma.”<sup>11</sup>

Esta jurisprudencia sobre el alcance de la discrecionalidad es predicable para los nombramientos y remociones que hacen todos los funcionarios públicos.

Por supuesto que lo normal es que la motivación 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, que armoniza con las disposiciones de la ley 190/95. Esta determinación evita el abuso del

derecho y la desviación del poder. 12

## 5. Actualización de la hoja de vida

La ley 190 de 1995, “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad de la Administración Pública y se fijan disposiciones para erradicar la corrupción administrativa”, en su artículo 1° obliga a la presentación de un formato único de la hoja de vida y crea el sistema único de información personal respecto de los funcionarios públicos. La Corte Constitucional, en la sentencia C-567/9713 analizó el artículo 1° de la ley 190 de 1995, declaró la inexecutable de su numeral 5°14, pero resaltó que la persona tiene derecho a que se actualice su hoja de vida, porque puede haber un flujo de datos y por consiguiente la información debe ser veraz y completa. dijo al respecto:

“6. Las entidades públicas, en ejercicio de las funciones administrativas que la ley les confía, suelen exigir, procesar y transmitir distintos tipos de informaciones. El flujo de datos puede simplemente alimentar los archivos de la respectiva dependencia pública y, para este efecto, organizarse y sistematizarse de manera eficiente. Aún en este caso, la persona interesada tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que sobre ella se hayan recogido en los archivos de las entidades públicas. Es consustancial a la actividad administrativa, la conservación de archivos. En estricto rigor, no es necesario que la ley expresamente autorice a las entidades públicas para abrir y mantener ordenadamente el trasunto documentario de su actividad.

Ya la Corte ha señalado que las piezas de información sobre las que ejerce variadas formas de control el individuo, no son únicamente aquellas que pertenecen a su intimidad, las cuales por su naturaleza difícilmente pueden incorporarse al torrente circulatorio de la información pública, salvo que se haga de manera restringida y garantizando su clausura, dado su carácter sensible. El dato personal corresponde a un elemento que, unido al conjunto más o menos amplio de otros datos que emigran fuera del sujeto y que son susceptibles de tratamiento informático, gracias a la tecnología moderna, puede contribuir a configurar un perfil virtual del sujeto o a generar una cierta impresión social con fundamento en la aplicación de estereotipos o etiquetas de distinta índole. “ (Lo resaltado es fuera de texto).

Esta posición ya la había planteado la sentencia C-038 de 199615. En ella se indicó que la persona tiene derecho, en los términos del artículo 15 de la C.P., a conocer, actualizar y

rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ella en la hoja de vida y a hacer uso de la información para efectos judiciales. Por eso, el fallo determinó:

“PRIMERO.- Declarar INEXEQUIBLE la parte demandada del primer inciso del artículo 3, que dispone: “dicha información no podrá utilizarse como prueba en los procesos judiciales o administrativos de carácter laboral y de ella sólo se comunicarán la identificación del funcionario y las causales de su desvinculación del servicio o de la terminación anormal de sus contratos”.

Las razones para tomar tal determinación fueron las siguientes:

“El valor probatorio de la información contenida en el Sistema Único de Información de Personal

1. La disposición acusada del artículo 3 de la ley 190 de 1995, prohíbe que la información que se almacena en el Sistema Único de Información de personal, se utilice como prueba en procesos judiciales o administrativos de carácter laboral. Adicionalmente, establece que de la información registrada sólo se comunicará la identificación del funcionario y las causales de su desvinculación del servicio o de la terminación anormal de sus contratos. Como puede inferirse de su texto, la primera parte se limita a consagrar una prohibición; la segunda, prescribe un uso restringido de los datos guardados.

El Procurador General de la Nación, impugna la prohibición, la que juzga inconstitucional, pues viola, en su concepto, el debido proceso, si se repara en el hecho de que la información relativa a la causa del retiro o de la terminación del contrato, puede tener el carácter de medio probatorio idóneo. Por su parte, el Fiscal General de la Nación, respecto de la utilización restringida de la información, la encuentra ajustada a la Constitución, toda vez que la ley puede, según su criterio, en beneficio de la administración y de la intimidad y buen nombre del servidor público, imponer una reserva.

2. El Estado puede legítimamente organizar sistemas de información que le permitan mejorar sus funciones de reclutamiento de personal y contratación pública. De otra parte, el uso restringido, asegura que aspectos de la hoja de vida de quien es o ha sido funcionario o contratista del Estado, cuyo conocimiento indiscriminado puede vulnerar su intimidad y buen nombre, circulen sin su autorización. Las hojas de vida, tienen un componente personal

elevado, de suerte que así reposen en archivos públicos, sin la expresa autorización del datahabiente, no se convierten en documentos públicos destinados a la publicidad y a la circulación general. En todo caso, la persona a que se refiere el sistema examinado, en los términos del artículo 15 de la C.P., tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ella y que reposen en dicho archivo.

3. La hoja de vida y la información relativa a la causa del retiro, de conformidad con la norma legal, no puede utilizarse como prueba en los procesos judiciales o administrativos de carácter laboral. La razón de ser de la prohibición, estriba en impedir que dichos datos – que reposan en el sistema único de información de personal y que permiten al Estado optimizar sus funciones de selección de personal y contratación -, puedan eventualmente ser utilizados como prueba contra el Estado y, de este modo, servir de fundamento a condenas judiciales. Se pregunta la Corte si la prohibición legal, que responde a la indicada finalidad, se aviene a la Constitución.

No cabe duda de que el régimen probatorio (práctica, valoración y apreciación de las pruebas, medios probatorios, requisitos sustanciales y procesales aplicables a la aportación de las pruebas etc.), en general, se libra a la voluntad del Legislador. No obstante, el sistema que se establezca no puede desconocer la garantía del debido proceso y el respeto y protección de los restantes bienes y derechos constitucionales.

4. Una pretensión pública subjetiva que integra el derecho al debido proceso es la de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en contra (C.P. art., 29). A este respecto, las limitaciones legales relativas a la conducencia o admisibilidad de un medio específico de prueba, sólo resultan admisibles si persiguen un fin constitucional y las restricciones que entrañan son razonables y proporcionadas en relación con el mismo y las consecuencias que de éste se derivan.

5. La finalidad de la ley – neutralizar un medio probatorio con el fin de precaver eventuales condenas judiciales en los procesos laborales -, viola la Constitución. La finalidad del Estado es la de proteger y garantizar los derechos de las personas (C.P. art. 2) y ello no se logra ocultando la verdad que puede judicialmente establecerse mediante el acceso a sus archivos. El Estado y sus agentes, deben velar y defender los bienes e intereses del Estado. Para ello, sin embargo, no es necesario obstaculizar la correcta administración de justicia –

que, por el contrario, debe ser secundada en su tarea -, privándola por ministerio de la ley de elementos probatorios que pueden ser útiles y relevantes a la hora de aplicar el derecho. No se alcanza a comprender cómo el sistema de información adquiere valor para sustentar el juicio del Estado con ocasión de la selección de personal y celebración de contratos y, por el contrario, éste se desvanece cuando los mismos datos se destinan a un proceso judicial en el que el primero es parte.

En este orden de ideas, descartada la constitucionalidad de la finalidad perseguida, la disposición legal pierde todo asidero constitucional y, por consiguiente, debe ser excluida del ordenamiento jurídico con el objeto de no afectar arbitrariamente el derecho y la garantía al debido proceso (C.P. art. 29).”

En consecuencia, la no actualización de una hoja de vida que podría servir de prueba para procesos pone en indefensión al afectado y por lo tanto constituye una violación al debido proceso.

## C A S O   C O N C R E T O

Está demostrado en el expediente lo siguiente:

1. La Personería del Distrito Capital solicitó la suspensión provisional de un alcalde local y de dos ediles, incurso todos ellos en los mismos hechos. El Alcalde Mayor fue informado de la determinación en cuanto al alcalde local y procedió a dictar el decreto correspondiente de suspensión del cargo, como era su deber, por ser el nominador. La sola iniciación del procedimiento no puede considerarse como violación al debido proceso.

1. La determinación de la suspensión, pedida por la Unidad de Investigaciones Especiales y Apoyo Técnico de la Personería Distrital, tiene consulta ante el Personero, previa recepción de pruebas y pudiendo los interesados presentar sus puntos de vista. Todo esto ocurrió. Tan es así que el peticionario no instauró la acción contra las actuaciones de la Personería.

1. El señor Martínez Rojas tenía el derecho a que el Personero le definiera si había incurrido o

no en conductas indebidas. Su defensa apuntaba a la inexistencia de los hechos que habían dado lugar a la suspensión provisional.

1. Se revocó la sanción de suspender del cargo de alcalde local al señor Martínez y de los cargos ediles a los señores Jiménez y Velandia. Tal acto administrativo fue proferido por el Personero del Distrito. El Personero hizo un análisis pormenorizado de la prueba recaudada y llegó a la conclusión de que no había base para la sanción. Sin embargo, respecto del alcalde local, Ivan Mauricio Martínez Rojas, quien es el único que interpuso la tutela, la revocatoria tuvo como fundamento principal la sustracción de materia. Se dijo que como el Alcalde Mayor, produjo la declaratoria de insubsistencia del señor Martínez Rojas, esa declaratoria de insubsistencia era la causa determinante para revocar la suspensión.

1. Cuando, se le comunicó por escrito al Alcalde Mayor que la sanción de suspensión había sido revocada, entonces, el Alcalde Mayor determinó, por decreto 366 de 27 de agosto de 2002, levantar la suspensión provisional. Este decreto tiene unos considerandos que explican la necesidad de levantar la medida. Pero, el mismo decreto confirmó la decisión de la declaratoria de insubsistencia, sin dar ninguna explicación diferente a que ya existía un decreto que había declarado la insubsistencia.

1. Esta Sala de Revisión reitera que es legal que el Alcalde pueda declarar la insubsistencia en cualquier momento. El hecho de hacerlo antes de decidida la consulta en la Personería, estando el funcionario en suspensión provisional, no es obstáculo para la discrecionalidad del retiro.

1. Pero, por otro aspecto se aprecia que no hay constancia alguna que permitiera clarificar la conducta del señor Iván Mauricio Martínez Rojas, porque no hubo motivación. Se dirá que el acto de declaratoria de insubsistencia, no requería necesariamente ser motivado. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha señalado la importancia de la inclusión en la

hoja de vida del afectado de todas aquellas circunstancias que permitan conocer, actualizar y rectificar informaciones. Y esto no ha ocurrido en el presente caso.

1. Es necesario incluir en la hoja de vida no solo el resultado (declaratoria de insubsistencia) sino las razones que llevaron a la determinación del nominador. Se deben reseñar la totalidad de las causas que llevaron al nominador para retirar del servicio a un empleado ya que esto hace parte de un flujo de datos veraz. En el presente caso ello era indispensable, sobre todo ante la existencia de un segundo decreto que levantó la sanción pero ratificó el despido. La violación al debido proceso consiste en que el alcalde Mayor no dejó constancia en la hoja de vida del demandante de su insubsistencia y de las causas del retiro, lo que era deber suyo conforme se expuso en el texto de la presente sentencia. Por esta razón prosperará la acción de tutela instaurada.

En el presente caso, la petición formulada en la solicitud de tutela es la de que se reintegre al cargo de alcalde menor al señor Martínez Rojas. Se dice que existe un precedente en la sentencia T-713/99, que ordenó el reintegro de la alcaldesa de la localidad de Los Mártires.

En aquel fallo la Corte consideró que la violación del debido proceso ocurrió porque no hubo posibilidad de defensa en la investigación que adelantó la Veeduría del Distrito. En el presente caso no se ha instaurado la tutela contra la Personería, que fue la entidad encargada de hacer la investigación. La acción se presentó contra la Alcaldía Mayor de Bogotá, por haber proferido la declaratoria de insubsistencia del alcalde local señor Martínez Rojas. Por consiguiente, no es válida la invocación del precedente jurisprudencial señalado por el demandante.

Esta Sala de Revisión advierte que la declaratoria de insubsistencia se hizo sin que se hubiere anotado en la hoja de vida del accionante las causas del retiro. Por tanto, la orden a dar será la de anotación en la hoja de vida conforme a lo previsto en el artículo 26 del decreto ley 2400 de 1968, en armonía con la ley 190 de 1995 y la jurisprudencia constitucional referente a la hoja de vida, a fin de que el afectado instaure las acciones a que hubiere lugar.

DECISION

En mérito de lo expuesto la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato 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 por las razones expuestas en la parte motiva. En consecuencia, SE ORDENA al Alcalde Mayor de Bogotá que en el término de cuarenta y ocho (48) horas deje constancia en la hoja de vida del solicitante Iván Mauricio Martínez Rojas, en forma explícita y concreta, de la insubsistencia y de las causas de dicho retiro.

SEGUNDO. Por Secretaria, LÍBRESE la comunicación prevista por el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

2 Sentencia T-1032 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero

3 Corte Constitucional, Sentencias T-187 de 1993, T-554 de 1993, T-314 de 1994 y T-024 de

1996, entre otras.

4 Cfr. las sentencias T-524 de 1992, T-065 de 1993, T-015 de 1994, T-366 de 1997, T-393 de 1997, T-124 de 1998, SU-641 de 1998 y T-1086 de 2001, entre muchas otras.

5 Sentencia T-1317 de 2001 MP. Rodrigo Uprimny Yepes.

6 EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA y TOMAS RAMON FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo I, p. 541.

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

8 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”

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

10 Manual de derecho administrativo, pág. 445.

11 Sentencia C-734/00

12 Ramón Parada hace esta reflexión (cita hecha en el considerando 3.4.1. de la sentencia SU-250/98) :

“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.”

13 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

14 Lo declarado inexecutable es la parte que se subraya y dice lo siguiente:

“ARTÍCULO 1º- Todo aspirante a ocupar un cargo o empleo público, o a celebrar un contrato de prestación de servicios con la administración deberá presentar ante la unidad de personal de la correspondiente entidad, o ante la dependencia que haga sus veces, el formato único de hoja de vida debidamente diligenciado en el cual consignará la información completa que en ella se solicita:

(...)

5. Los demás datos que se soliciten en el formato único.

(...) “.

15 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz