

T-576-98

Sentencia T-576/98

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-Alcance

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Elementos

ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación/PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA-Motivación del acto/DEBIDO PROCESO-Motivación retiro del cargo

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 encausarlo, 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 INSUBSISTENCIA DE 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

PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD-Nominación y retiro de servidores públicos

DERECHO DE PERMANENCIA DE NOTARIO EN INTERINIDAD-Alcance/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.

NOTARIO 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 estatuto 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 ya señalado 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

Referencia: Expediente T-169421

Procedencia: Tribunal Superior Sala Civil de Santafé de Bogotá

Accionante: Francisco Enrique Villamil

Tema:

Reiteración de Jurisprudencia sobre retiro Notario

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Sala Séptima de la Corte Constitucional, integrada por Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa, 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 Francisco Enrique Villamil Navarro contra la Presidencia de la República, el Ministerio de Justicia y del Derecho y contra el actual Notario 13 de Santafé de Bogotá, doctor Roberto Martínez Rubio.

HECHOS

Los relata el solicitante de la tutela de la siguiente manera:

“1. El Gobierno Nacional por medio del Decreto 1125 del 6 de Julio de 1992 retiró del servicio al Dr. EDUARDO GARCIA BADEL y designó “en interinidad al Doctor FRANCISCO ENRIQUE VILLAMIL NAVARRO, identificado con la cédula de ciudadanía N° 19.165.627 de Bogotá, para

desempeñar el cargo de Notario Trece del Circuito de Santafé de Bogotá. Según dicho decreto, la designación se hizo MIENTRAS SE PROVEE EL CARGO EN PROPIEDAD MEDIANTE CONCURSO". (la mayúscula es mía).

"2. El día 4 de julio de 1992, la Superintendencia de Notariado y Registro, (Organismo al cual se encuentran adscritas las Notarías en Colombia) me comunicó dicho nombramiento, indicándome los documentos necesarios para tomar posesión.

"3. El día 10 de agosto de 1992 tomé posesión del cargo ante el Señor Ministro de Justicia, Dr. ANDRES GONZALEZ DIAZ. El día 11 de agosto del mismo año se efectuó el Acta de entrega del anterior Notario, con asistencia de un delegado de la superintendencia de Notariado y Registro.

"4. El 20 de agosto de 1992 envié a la División Legal de la Superintendencia de Notariado y Registro los documentos solicitados por la misma Entidad, como requisitos para la posesión.

"5. Con fecha 26 de agosto de 1992 la Superintendencia de Notariado y Registro certificó sobre el nombramiento y la posesión del Dr. FRANCISCO ENRIQUE VILLAMIL NAVARRO como Notario Trece de Bogotá.

"6. Con fecha 27 de diciembre de 1994 envié comunicación al Dr. ERNESTO SAMPER PIZANO, Presidente de la República, donde le manifestaba mi deseo de continuar y permanecer al frente de la citada Notaria con el fin de ser llamado a participar en el concurso de ingreso a la carrera, de conformidad con el Artículo 131 de la Constitución Nacional, una vez fuera convocado por el Gobierno Nacional, tal y como lo indicaba el Decreto de Nombramiento.

"7. Con fecha 27 de diciembre de 1994, envié comunicación al Dr. NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA, Ministro de Justicia y del Derecho (para esa fecha), donde le manifestaba mi deseo de continuar y permanecer al frente de la citada Notaria con el fin de ser llamado a participar en el concurso de ingreso a la carrera, de conformidad con el Artículo 131 de la Constitución Nacional, una vez fuera convocado por el Gobierno Nacional, tal y como lo indicaba el decreto de nombramiento.

"8. Con fecha 28 de diciembre de 1994, envié comunicación al Dr. PEDRO BONNET

LOCARNO, Superintendente Nacional de Notariado y Registro, donde le manifestaba mi deseo de continuar y permanecer al frente de la citada Notaria con el fin de ser llamado a participar en el concurso de ingreso a la carrera, de conformidad con el Artículo 131 de la Constitución Nacional, una vez fuera convocado por el Gobierno nacional, tal y como lo indicaba el decreto de nombramiento.

“10. Con fecha 1 de junio de 1995, envié a la Superintendencia de Notariado y Registro copias auténticas de todos los documentos necesarios para acreditar los requisitos para ser Notario en propiedad, una vez se citare a concurso por parte del Gobierno Nacional. Adjunto fotocopia de las comunicaciones y fotocopia de las certificaciones donde se demuestran que llenaba los requisitos necesarios para ser Notario en propiedad.

“11. Con fecha diciembre de 1995, envié por segunda vez copia de todos los requisitos para ser Notario en propiedad, por petición de la Superintendencia de Notariado y Registro.

“12. Los documentos que determinan mis calidades para ser Notario en propiedad, que fueron enviados por tres veces a la Superintendencia de Notariado y Registro, son los que adjunto a continuación:

- a. Hoja de Vida
- b. Cédula de Ciudadanía y Tarjeta Profesional
- c. Certificado (Actas de Grado) Universidad Externado de Colombia
- d. Diploma Doctor en Derecho Universidad Externado de Colombia
- e. Solicitud de Examen de Admisión Caja Nacional de Previsión
- f. Constancia Consejo Superior de la Judicatura
- g. Certificado de Antecedentes Disciplinarios Procuraduría General de la Nación
- h. Certificado vigencia cédula de ciudadanía Registraduría Distrital del Estado Civil.

i. Certificación Seguros del Estado prestación de servicios desde 1980 hasta 1991 (más de 11 años)

j. Certificación Fundación Autónoma de Colombia de servicios desde el 2 de marzo de 1982 hasta el 21 de agosto de 1993 (más de 11 años)

k. Certificación Banco Central Hipotecario prestación de servicios desde el 16 de octubre de 1990 hasta el 6 de agosto de 1992.

“13. Por medio del Decreto 277 del 11 de febrero de 1998, el Presidente de la República y la señora Ministra nombra en interinidad al Dr. ROBERTO MARTINEZ RUBIO como Notario Trece del Circulo de Santafé de Bogotá, sin haberse citado a concurso por el Gobierno Nacional, sin proveer el cargo en propiedad como es de ley (un Notario interino tiene como escalafón ser Notario en propiedad. El nombramiento del nuevo Notario no es en propiedad no proviene de un concurso como lo ordena mi decreto de nombramiento y la Constitución Nacional.

“14. Con fecha febrero 17 de 1998, la Superintendencia de Notariado y Registro me comunicó la existencia del Decreto del nuevo nombramiento e indicaba el nombre del nuevo Notario.

“15. Con fecha marzo 4 de 1998, presenté ante la Procuraduría General de la Nación, una queja contra el Dr. ERNESTO SAMPER PIZANO (PRESIDENTE DE LA REPUBLICA) y Dra. ALMA BEATRIZ RENGIFO LOPEZ (MINISTRA DE JUSTICIA Y DEL DERECHO), por incumplimiento al Decreto N° 167 del 23 de enero de 1998, por medio del cual se congelaba la nómina del Estado Colombiano, mientras se llevaban a cabo las respectivas elecciones Parlamentarias y Presidenciales. Yo era funcionario del orden Nacional, con dependencia absoluta de la Superintendencia del Notariado en Colombia), tal y como lo demuestran las respectivas comunicaciones entre el Notario y la respectiva Superintendencia.

“A partir del 3 de febrero de 1998, congélanse las plantas de personal de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales y las de los empleados públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional”. Los Notarios estamos adscritos a la Superintendencia Nacional de Notariado y Registro, de la cual recibimos todo el control y vigilancia y actualmente es la nominadora de Notarios en la República de Colombia ya que

sin el visto bueno de ella no puede ser nombrado ni removido Notario alguno, en el orden departamental. En el orden nacional el nominador es el Presidente de la República junto con Ministro de Justicia y del Derecho, pero seguimos siendo adscritos a dicha Superintendencia. El Decreto de cambio de Notario tiene fecha 11 de febrero de 1998, o sea a los 8 días de la fecha del Decreto de congelación de nómina, y su ámbito de aplicación es del orden nacional, porque depende de la firma del Presidente y la Ministra.

“El Decreto 167 de 1998, dice en su artículo 2º: “Se exceptúan de la congelación establecida en el artículo anterior, las siguientes situaciones:

“Cuando se trate de la provisión, encargo o retiro de funcionarios, cuyo nombramiento o designación es de competencia del Presidente de la República”. De esta norma se desprende con claridad, sin hacer un esfuerzo etimológico de su contenido, que el Señor Presidente de la República podía hacer los nombramientos o encargos de vacantes (provisionar o encargar) pero no lo facultaba para hacer nombramientos de personas en ejercicio del cargo. En cuanto a la posibilidad de retiro de funcionarios, si analizamos el espíritu del Decreto (“por el cual se congelan las plantas de personal de las rama ejecutiva del poder público, en el orden nacional”) sólo sería viable si mediara causal justificada o sanción disciplinaria de destitución. Ninguno de los casos se aplica al nombramiento del nuevo Notario Trece de Santafé de Bogotá.

“16. Desde mi posesión ejercí el cargo de Notario Trece de Santafé de Bogotá, sin existir sanción disciplinaria ni penal alguna, según los archivos de la Superintendencia de Notariado y Registro. Para confirmar dicho hecho basta con revisar el decreto de nombramiento del nuevo Notario donde aparece causal alguna para el respectivo cambio de Notario.

“17. Hasta la fecha de presentación de esta tutela, el Gobierno Nacional no ha convocado a concurso alguno para proveer el cargo en propiedad, tal y como lo ordena la Constitución Nacional de 1991, la cual rige para todos los efectos el Decreto de mi nombramiento como Notario interino por cuanto fue dictado en vigencia de la nueva Constitución (julio de 1992).

“18. El Gobierno Nacional, incumpliendo lo dispuesto en el Decreto de Nombramiento N° 1125 del 6 de julio de 1992, como Notario Trece de Santafé de Bogotá y en abierto incumplimiento legal del Decreto 167 de 23 de enero de 1998, dispuso retirarme del servicio y nombrar como interino al Dr. MARTINEZ RUBIO. (El nombramiento del Dr. MARTINEZ RUBIO

ha debido hacerse mediante concurso, en propiedad y una vez existiera el Decreto Presidencial de descongelación de la nómina del Ejecutivo del orden Nacional).

“19. Dicho Decreto de nombramiento del nuevo Notario, pugna abiertamente contra la Ley, repito en total incumplimiento de los Decretos mencionados. No se dispuso en dicho Decreto, ni se me otorgó recurso alguno para la protección de mis derechos fundamentales.

“20. Sin que el Decreto de nombramiento del nuevo Notario hubiere sido publicado en el Diario Oficial, el Superintendente de Notariado y Registro me informo sobre la decisión presidencial. De esta comunicación se infiere que no fuí retirado por bajo rendimiento o por haber incurrido en conducta susceptible de sanción disciplinaria, ya que el señor Superintendente manifiesta, en comunicación del 17 de febrero de 1998:

“Sea la oportunidad para expresar a usted en nombre del Gobierno Nacional y de la Superintendencia de Notariado y Registro, nuestros agradecimientos por la labor desempeñada durante el tiempo de servicio a la institución notarial y a la comunidad en general”.

“21. Dados los antecedentes históricos del Gobierno del Presidente ERNESTO SAMPER PIZANO, su apatía y fastidio con los funcionarios nombrados por el anterior Presidente, Dr. CESAR GAVIRIA TRUJILLO, nos hace merecer la consideración de que el retiro del servicio obedeció a persecución política y a la intención de favorecer a algunos grupos liberales, ya que el nuevo Notario formó parte del Gobierno Nacional del Dr. SAMPER PIZANO.

“22. La desviación así ordenada, sin mediar el concurso ordenado por la Constitución Nacional y por el Decreto de Nombramiento, me causa graves perjuicios morales y patrimoniales, que lesionan los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso, por cuanto tenía la garantía constitucional y legal de permanecer en mi cargo hasta realizarse el concurso y hasta cuando no me hubiera sido favorable dicho concurso.

“23. Es cierto que tengo a disposición, como medio de defensa judicial la acción contencioso administrativo, la cual se ejercerá en su oportunidad legal, pero para la decisión que ponga fin a la reparación, tendría que esperar un término dispendioso de más de 3 años (término aproximado de duración del proceso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho). Mientras tanto he sido lesionado en mi derecho al trabajo y a mi permanencia, con

un Decreto totalmente ilegal.

“24. Como Notario Trece del Circulo de Santafé de Bogotá intento la acción de tutela como mecanismo transitorio, con el fin de evitar un perjuicio irremediable como es el ser retirado del servicio, sin causa alguna, con Decreto Presidencial totalmente ilegal, sin mediar concurso alguno; y con la remota posibilidad de participar en el concurso que reglamenta el Gobierno Nacional. Podré participar en dicho concurso público en DESVENTAJA frente a los demás Notarios por cuanto no tendría dicha calidad en el momento del concurso. Yo tenía el derecho a participar en el concurso, ordenado por la Constitución Nacional, según se desprende del derecho adquirido en mi Decreto de Nombramiento.

“25. De conformidad con la Constitución la acción de tutela no procede cuando el afectado disponga de otro medio de Defensa Judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para así evitar un perjuicio irremediable, como en el caso concreto.”

El solicitante de la tutela aportó pruebas para demostrar el nombramiento que se hizo como notario, el retiro del cargo, el cumplimiento de requisitos para acceder al puesto y la idoneidad para ejercer el cargo. Pero, además, en el expediente obra también la siguiente prueba: que una vez se retiró del cargo de Notario, el doctor Villamil continuó en la Notaria como asesor, (hay constancia de haber recibido entre el nueve de marzo y el dos de abril de 1998: \$7'195.730,00), habiendo sido también retirado de la asesoría el 3 de abril de 1998. Y también hay prueba de que el doctor Villamil le vendió al nuevo Notario Martínez Rubio, la dotación de la Notaría por cincuenta (50) millones de pesos.

## PETICIONES

Considera el solicitante que se la han violado los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo y pide, en consecuencia, el reintegro al cargo, como mecanismo transitorio mientras la jurisdicción contencioso-administrativa decide o mientras se nombre Notario en propiedad.

## DECISIONES DE INSTANCIA

El Juzgado 27 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, el 21 de abril de 1998, denegó la tutela

por existir otra vía judicial de reclamo y no darse los casos del perjuicio irremediable. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala Civil, el 28 de mayo de 1998, confirmó la decisión de primera instancia por similares razones.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

### A. COMPETENCIA

Es competente esta Sala de Revisión 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 y del reparto que se verificó en la forma señalada por el reglamento.

### A. TEMAS JURIDICOS PARA EL CASO CONCRETO

La solicitud está orientada a la protección de los derechos fundamentales constitucionales del debido proceso, la igualdad y el trabajo, que se dice han sido vulnerados en el presente caso, por lo cual el solicitante cree que debe ser reintegrado al cargo de Notario 13 de Santafé de Bogotá. 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. Para dilucidar esos temas se reiterará en esta decisión lo ya expresado en la SU-250/98.

Ya se dijo en la mencionada sentencia:

“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.<sup>1</sup>”

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”<sup>2</sup>.

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 políticas<sup>3</sup>”.

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.<sup>4</sup>

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.<sup>5</sup>

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”

En conclusión, 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.”

Esta posición jurisprudencial implicó en la sentencia SU-250/98, que no prospera la tutela por la presunta violación al derecho al trabajo y al derecho a la igualdad. Además, tampoco se dan en esta tutela los requisitos indispensables para que exista el perjuicio irremediable, base del mecanismo transitorio. Este punto merece este análisis:

## 2. La subsidiariedad en la tutela

Para reclamar reintegro, existe otro procedimiento, se trata de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que se tramita en la jurisdicción contencioso administrativa, luego hipotéticamente sólo se aceptaría la tutela como mecanismo transitorio si hay un perjuicio irremediable. Por consiguiente hay que analizar cuándo hay ese perjuicio. 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 .

Se explicará mas adelante que no se dan esos requisitos. Por ahora se estudiará otro tema: el que tiene que ver con el debido proceso, se requiere hacer unas previas consideraciones que son ratificación de la jurisprudencia SU/250/98:

“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 ?

### “3.1. 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”.<sup>9</sup> 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 encausarle, dirigirlo y sobre todo limitarlo. Y es que la teoría del uso del poder discrecional, a pesar de los preceptos consignados en el Código Contencioso Administrativo y en la Constitución de 1991, acusa todavía visiblemente el lastre de su origen

autoritario. Aun hoy hay quienes creen en la vieja equiparación de los discrecional y lo que no requiere justificación.

Aunque el constitucionalismo de nuestros días es radicalmente incompatible con la arbitrariedad que se manifiesta en el reconocimiento de poderes exentos de justificación es indiscutible que esta nueva 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.<sup>12</sup>”

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”<sup>13</sup>.

No podía ser de otra manera. En la Asamblea Nacional Constituyente en 1991 el doctor Juan Carlos Esguerra<sup>14</sup> 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”<sup>15</sup>.

### “3.4. Principio de publicidad

La motivación responde al principio de publicidad, entendiendo por tal la instrumentación de la voluntad como lo enseña Agustín Gordillo<sup>16</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>17</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.

“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.”<sup>18</sup>

### “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 lo que atañe a las excepciones a la regla general que, como se ha visto, está constituida por el sistema de carrera, la norma superior excluye los empleos “de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”.

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".<sup>19</sup>

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"<sup>20</sup>. 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.”<sup>21</sup>

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.

Es necesario precisar también cuál es la naturaleza de la función del Notario para explicar, por qué el Notario no está bajo la órbita de las relaciones laborales entre particulares.

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”.<sup>23</sup>

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.

Sentadas las premisas anteriores, se puede, entonces, hacer el mismo razonamiento sobre debido proceso de la jurisprudencia que en el presente caso se ratifica:

#### “4. 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 estatuto de libre nombramiento y remoción.

Ya se dijo que los Notarios en interinidad<sup>24</sup> 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 abierto<sup>25</sup>, 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 hecha por el doctor Francisco Villamil:

Se parte de la base de que el doctor FRANCISCO ENRIQUE VILLAMIL NAVARRO fue nombrado 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; 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 del doctor Villamil, luego, en principio no cabe la tutela para el propósito del reintegro.

Respecto a 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 el señor FRANCISCO ENRIQUE VILLAMIL NAVARRO 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. Es más, después de retirado recibió no solo el producto de la venta del mobiliario de la Notaría (50 millones), sino que fue asesor de la misma Notaría y, además, el doctor Villamil presentó prueba de su idoneidad como profesor de universidad y asesor profesional.

En cuanto a si se afectó o no al debido proceso administrativo:

La pregunta es si en el presente caso, la determinación de retirar del servicio al doctor FRANCISCO ENRIQUE VILLAMIL NAVARRO, Notario Trece del Círculo de Santafé de Bogotá, 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 al doctor FRANCISCO ENRIQUE VILLAMIL NAVARRO, 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 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 artículo 209 de la Constitución.

Como la simple la cita de 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 debidamente motivado para que el doctor FRANCISCO ENRIQUE VILLAMIL NAVARRO, pueda nuevamente controvertir el asunto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, si es que esa fuere su determinación.

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

RESUELVE:

Primero.- Por las razones expuestas en el presente fallo se REVOCAN PARCIALMENTE las sentencias de primera y de segunda instancia, proferidas en la tutela de la referencia en

cuanto no aceptaron la ocurrencia de la violación al debido proceso y 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 al doctor FRANCISCO ENRIQUE VILLAMIL NAVARRO de la Notaría Trece del Círculo de Santafé de Bogotá. 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 el doctor FRANCISCO ENRIQUE VILLAMIL NAVARRO, quedará sujeto a las respectivos acciones contencioso-administrativas. Se RATIFICAN las sentencias motivo de revisión en cuanto no tutelaron por presuntas violaciones al derecho al trabajo y al derecho a la igualdad.

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

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

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 Nº T- 225/93 Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa
- 9 GASTON JEZE, Principios Generales del Derecho Administrativo
- 10 EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA y TOMAS RAMON FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo I, p. 541.
- 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.

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.