



**Las Acciones de Nulidad y el Restablecimiento  
del Derecho al Trabajo de los docentes del  
Instituto Técnico Rafael Reyes de Duitama,  
Boyacá**



**Diana Carolina Pineda Limas, Emma Diana Ximena Ríos Vargas,  
& José Agustín Grismaldo González**

Especialización de Derecho Administrativo

**RESUMEN**

Frente a la declaratoria de insubsistencia de los docentes del Instituto Técnico Rafael Reyes de Duitama, tenemos que frente al acto administrativo es necesaria la motivación del mismo para la desvinculación de funcionarios nombrados provisionalmente en cargos de carrera, pues no basta con una simple comunicación y/o notificación de la decisión tomada por el nominador; sino que se debió tomar cada caso en concreto para determinar sobre su insubsistencia. Así mismo, se debió llamar a cada docente y explicarle las razones que daban por terminado su contrato a fin de que se respetara su derecho al trabajo. La discrecionalidad absoluta del nominador es entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho constitucional contemporáneo. En cambio, la discrecionalidad relativa, es ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional. En este orden de ideas, se ve la necesidad de motivar el acto administrativo como la mejor garantía para distinguir lo discrecional de lo arbitrario. La ponderación y clasificación de un derecho fundamental frente a otras garantías constitucionales, hace parte de la nueva generación evolutiva y el cambio que nuestro derecho más público ósea el derecho constitucional cimienta como instituciones jurídicas que tienen como único fin salvar guardar la integridad de los derechos fundamentales de los humanos así como su digna existencia y el desarrollo de actividades económicas que le permiten a este desenvolverse como un individuo activo de la sociedad y que cada día se nutre no solo legal sino también socialmente.

**Palabras Clave**

Derecho al trabajo, constitución nacional <1991>, derechos fundamentales; facultad discrecional, despido injustificado.

**ABSTRACT**

In front of the declaration of insubstantial of the educational ones of the Technical Institute Rafael Reyes of Duitama, we have that in front of the administrative act it is necessary the motivation of the same one for the releasing of noted officials provisionally in career positions, because it is not enough with a simple communication and/or notification of the decision taken by the nominator; but



rather he/she should take each case in short to determine on their insubstantial. Likewise, he/she should call himself to each educational one and to explain to him the reasons that gave had finished their contract so that their right was respected to the work. The absolute discrecionalidad of the nominator is understood as the possibility of adopting administrative decisions without a justified reason exists for it, it can made a mistake with the outrage and it is not of receipt in the panorama of the contemporary constitutional right. On the other hand, the relative discrecionalidad, is unaware to the notion of the official's whim, it allows to this to appreciate the circumstances in fact and those of opportunity and convenience that surround the taking of the decision, granting him the possibility to act or of not making it, or of choosing the content of its determination, always inside the inherent general purposes to the public function and the implicit matters in the norm that authorizes the discretionary decision. In this order of ideas, leave the necessity to motivate the administrative act as the best guarantee to distinguish the discretionary of the arbitrary thing. The ponderación and classification of a fundamental right in front of other constitutional guarantees, make part of the new evolutionary generation and the change that our right but I publish bony the constitutional right lays the foundation as juridical institutions that have as only end he/she saves to keep the integrity of the fundamental rights of the humans as well as its worthy existence and the development of economic activities that allow him to this to be unwrapped as an active individual of the society and that every day it is not nurtured alone legal but also socially.

#### Key words

Right to the work, national constitution <1991>, fundamental rights; discretionary ability, I discharge unjustified.

### INTRODUCCIÓN

El estado colombiano le otorgó al nominador una facultad discrecional que en su interpretación jurídica aplico para la declaratoria de insubsistencia de los docentes del Instituto Técnico Rafael Reyes del municipio de Duitama, en el departamento de Boyacá, afectando la seguridad jurídica de estas personas; actos administrativos que desbordan el límite que el orden constitucional establecido como salvaguardia de los derechos fundamentales y del trabajo. El marco legal que utiliza el nominador se convierte en una antinomia jurídica frente a lo preceptuado en la carta constitucional, violando la jerarquización normativa establecida en el estado social de derecho. Los docentes afectados por estos despidos argumentan la violación de sus derechos, y han interpuesto los mecanismos que la ley les permite para la defensa de sus derechos, es así como en el Juzgado primero administrativo de Santa Rosa de Viterbo se profirieron acciones de nulidad y el restablecimiento del derecho al trabajo de los docentes que fueron declarados insubsistentes por el Instituto Técnico Rafael Reyes de Duitama, se toma como referencia un periodo comprendido entre el 4 de enero de 2010 a la fecha.

Las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho radicadas en el juzgado primero administrativo de santa rosa de Viterbo, por los docentes declarados insubsistentes por el Instituto Técnico Rafael Reyes de Duitama al considerar vulnerado su derecho al trabajo.

Problema de investigación. La facultad discrecional que le otorga la ley al nominador afecta la seguridad jurídica respecto del derecho al trabajo de las personas en el proceso de declaratoria de



insubsistencia por el despido injustificado vulnerando el derecho al trabajo de las personas. Actos jurídicos que surgen como voluntad expresa del estado que deberán estar limitados al orden constitucional existente y sin excepción alguna deben salvaguardar los derechos fundamentales de los trabajadores.

La investigación se centra en evaluar la eficacia jurídica de la facultad discrecional del nominador en el debido proceso, en la garantía constitucional al derecho al trabajo por la declaratoria de insubsistencia de los docentes del Instituto Técnico "Rafael Reyes" de Duitama.

Descripción del comportamiento de la facultad discrecional del nominador en los procesos por los que se declararon insubsistentes los docentes del Instituto Técnico "Rafael Reyes" de Duitama. <Estudio de Casos>.

### METODOLOGÍA

La investigación "las acciones de nulidad y el restablecimiento del derecho al trabajo de los docentes del instituto técnico Rafael Reyes de Duitama, Boyacá, entre el 2010-2011", establece tres partes investigativas: *Contextualización*. Descripción del comportamiento de la facultad discrecional del nominador en los procesos por los que se declararon insubsistentes los docentes del Instituto Técnico "Rafael Reyes" de Duitama; tomando como fuentes expedientes de procesos, entrevistas a profundidad de abogados defensores y afectados. Diagnóstico de la afectación jurídica del derecho al trabajo por el comportamiento de la facultad discrecional del nominador en los casos estudiados; Fuente: Ordenamiento jurídico colombiano. *Conceptualización*. Sistematización de los valores de debido proceso y facultad discrecional del nominador para el logro de la eficacia jurídica; fuente: Teorías jurídicas de autores de diferentes tendencias. Configuración de la escala metodológica en la asociación de la pirámide axiológica de García Máynez y lo normativo de Derecho al Trabajo, Debido Proceso y facultad discrecional del nominador. Fuentes de información las Teorías jurídicas García Máynez y Kelsen, y el Ordenamiento jurídico colombiano. El tercer momento "corroboración", Indicadores de eficacia jurídica para la evaluación del debido proceso en la protección del derecho constitucional al trabajo; fuentes: entrevistas a profundidad a Abogados laboristas y procesalistas. Evaluación de eficacia jurídica de la facultad discrecional del nominador en los procesos por los que se declararon insubsistentes los docentes del Instituto Técnico "Rafael Reyes" de Duitama; fuente: Informes investigativos parciales anteriores.

En el presente proyecto de investigación no es necesaria la entrevista al Abogado defensor de los docentes, ni de los mismos afectados, por cuanto tenemos el acceso a las demandas de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presentadas por ellos mismos, en el Juzgado Primero Administrativo de Santa Rosa de Viterbo. En las cuales se exponen los argumentos frente al presente caso. Por tal razón las entrevistas se suplen con el análisis de las demandas. Diagnóstico de la afectación Jurídica del Derecho al Trabajo por el comportamiento de la facultad discrecional del nominador en los casos estudiados <Transito de lo Abstracto a lo concreto>

### Fuentes consultadas:

Acción de Tutela, Juzgado Primero Administrativo de Santa Rosa de Viterbo (Boyacá), radicada con el No. 2010-0091, fallo de fecha dieciséis (16) de Marzo de dos mil diez (2010): En la que el



señor Juez en primera instancia denegó el amparo de los derechos fundamentales de la accionante, manifestando que existía otro mecanismo de defensa judicial, máxime cuando están de por medio discusiones de estirpe legal, como es el reconocimiento de derechos laborales y el análisis de la legalidad de actos administrativos. Y por último, señaló que la Corte Constitucional ha sostenido de manera reiterada que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reintegro laboral, independientemente de la causa de terminación del contrato.

## RESULTADOS

Describir las herramientas de participación ciudadana, como sigue:

Acción de Tutela, segunda instancia, Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, con radicado No. 15238-31-05-001-2010-00153-01: En el que se ordenó el reintegro de los docentes, con base en el siguiente señalamiento: "Dado que la aplicación de este tipo de facultades por parte de la administración debe ser razonables, de tal manera que los actos administrativos que dispongan la supresión de los cargos sean absolutamente claros y expresen los motivos que la lleven a adoptar esta determinación, pues no puede entenderse como la Universidad procede a la desvinculación de los docentes a su servicio a través de una simple comunicación, contra la cual aunque puede considerarse como una operación administrativa (si se suma el acto administrativo de supresión del instituto, al hecho del despido de los docentes), los destinatarios no podían interponer recurso alguno, pero además no puede entenderse como en el Acuerdo 078 del 2009, que ordena la supresión del instituto no toma ninguna determinación acerca de los docentes que prestaban allí sus servicios, bien disponiendo la supresión de sus cargos, procediendo al pago de la indemnización, ora disponiendo su reubicaron o traslado a empleos de igual o superior categoría a los que venían desempeñando."

Demandas de Nulidad y Restablecimiento de Derecho, radicadas con los Nos. 2010-246, 2010-248 y 2010-249, Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá; Demandantes: Luz Marina Rincón Martínez, Adriana Del Pilar Vega Pinzón y Álvaro Rojas Pinzón; Demandado: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia U.P.T.C. El apoderado de los accionantes demanda a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, con base en los siguientes hechos y argumentos: Los demandantes son docentes oficiales, amparados por el fuero docente previsto en el Decreto 2277 de 1979 al haberse vinculado laboralmente a la UPTC, su acto administrativo de vinculación que expedido hace aproximadamente nueve años y goza de presunción de legalidad.

El Acuerdo 078 del 1º de diciembre de 2009, por medio del cual se modifica la estructura orgánica de la UPTC., (el cual fue demandado), como consecuencia de la expedición de éste Acuerdo, la UPTC, comunicó a los demandantes dicha supresión e la Institución educativa Rafael Reyes de Duitama, y expone este hecho como motivo para dar por terminada la labor docente desempeñada por los demandantes, comunicación que tiene la ilegal e irregular decisión administrativa del retiro del servicios. Con base en los anteriores hechos, el apoderado considera que no existe norma legal alguna que prevea, considere o autorice la supresión de un cargo en carrera amparado por el decreto 2277 de 1979, lo que constituye ausencia total de legalidad, como tampoco está señalado procedimiento alguno para indemnizar legalmente a los docentes, o reparar el evidente daño, si no fuere por la vía de acción judicial aquí ejercida.



Por tal razón considera como violadas los Artículos. 25, 29 y 53 de la Constitución Política, al no adelantar un debido proceso previsto en el Decreto 2277 de 1979, para retirar del cargo y despedir a los demandantes, hecho que conlleva a la violación de Los Artículos 25 de la Constitución Política que consagra el derecho al trabajo, en condiciones dignas y justas y el Artículo 53, en cuanto afecta a los principios de estabilidad laboral.

### **Ordenamiento Jurídico Colombiano**

Respecto a la normatividad aplicable al caso concreto tenemos: En primer lugar en cuanto al vínculo que tiene el Instituto Rafael Reyes de Duitama con la U.P.T.C., el mismo surgió con el Decreto 2655, Art. 3º el cual dispuso: "Crease en la Universidad Pedagógica de Colombia un Instituto Pedagógico Industrial encargado de atender la formación del profesorado que requiere el país para la dirección de los Institutos Industriales, Técnicos, Escuelas de Arte y Oficios y demás establecimientos de este género este instituto tendrá como establecimiento anexo la Escuela Superior de artes y oficios de Tunja, con su asignación presupuestal correspondiente, y la Escuela de Capacitación Siderurgia que funcionará en la ciudad de Duitama, la que se crea en virtud de la presente disposición". Por cuanto se establece que el Rafael Reyes es una institución educativa, sin personería jurídica, adscrita y dependiente administrativamente de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC.

A su turno, en cuanto al régimen que cubre a los docentes en Colombia tenemos: Rango Constitucional: Artículos 1, 2, 6, 13, 25, 42, 53, 67, 123, 125, 189 numeral 4º y 305 numeral 7º; Rango Legal: Artículos 1º, 2, 3, 5, 27, 28, 31 del Decreto 2277 de 1979 (Estatuto Docente), Decreto 1444 de 1992, Ley 115 de 1994. Ley 715 de 2001, Decreto Ley 1278 de 2002.

De otro lado, con relación a la insubsistencia las normas legales vigentes señalan: "El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida (...)". "En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados (...)".

Ha dicho en reiteradas oportunidades la jurisprudencia de esta jurisdicción que dada la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos, cuando se expide una resolución de insubsistencia en ejercicio de la potestad discrecional, se presume que ella ha sido adoptada en beneficio del buen servicio público.

En la sentencia del Consejo de Estado, sección segunda. Consejera ponente: Ana Margarita Olaya Forero, Octubre 19 de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2002-06975-01(3934-05). Actor: Martha Wilfer Moreno Álzate. Demandado: Ministerio de Minas y Energía, se expresa: "El trasfondo de la tesis del Consejo de Estado, es que de igual manera a como sucede en los casos de nombramientos efectuados para cargos de libre nombramiento y remoción (desde la perspectiva legal) quien ingresa a un cargo de carrera con nombramiento en provisionalidad no adquiere fuero alguno de inamovilidad, pues, esa estabilidad relativa provendría solamente de las circunstancias de haber superado un proceso de concurso y haber accedido al referido cargo por méritos y en propiedad.



El acto que declara la insubsistencia de un nombramiento hecho en provisionalidad en un cargo de carrera no requiere motivación, ni trámite administrativo previo, pues, estas condiciones son esenciales exclusivamente cuando se trata de desvincular a quien, previo concurso de méritos, ha logrado los derechos de carrera. Dada la presunción de legalidad, de búsqueda del buen servicio y de prevalencia del interés general que encarna un acto administrativo de insubsistencia, al nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, como al nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción, simple y llanamente (en el esquema trazado por la jurisprudencia del Consejo de Estado), le corresponde alegar y probar la ocurrencia de una o varias de las causales de anulación consagradas en el artículo 84 del C.C.A. para lograr tal propósito y el consecuente restablecimiento del derecho. Como consecuencia de los anteriores planteamientos, es razonable que el Consejo de Estado reitera que la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera no deba motivarse, pues, la presunción referida no pierde su vigencia en esta especial materia.”

En sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Marzo 15 de 2007, radicación número: 08001-23-31-000-2002-01191-01(9572-05), Actor: Nivis del Carmen Anaya Barrios. Demandado: Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla: “La simple circunstancia de ocupar un empleo de carrera no le otorga al funcionario derechos de carrera respecto del cargo que ocupa. En estos eventos la persona así designada se encuentra nombrada en provisionalidad y, como en repetidas ocasiones lo ha sostenido esta Sala, debido a que fueron discrecionales las facultades por las cuales se le designó, también en ejercicio de ellas es posible removerlo, respondiendo con ello al principio según el cual las cosas en Derecho se deshacen tal como se hacen.

La condición de haber sido nombrado hasta que se pueda hacer la designación mediante el respectivo concurso de méritos no le otorga estabilidad hasta cuando sea reemplazado mediante concurso ni el nominador pierde la facultad para removerlo. La estabilidad sólo existe para el personal de carrera. Como el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera accede a él en forma discrecional, sin procedimientos ni motivación, su desvinculación puede hacerse de la misma manera.

El empleado nombrado en provisionalidad no goza de ningún fuero de estabilidad y puede ser retirado sin motivación alguna si no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio. Si aún no puede proveerse el cargo por concurso se puede designar al reemplazante nuevamente en provisionalidad. La permanencia en el cargo del empleado provisional por encima del término previsto en la ley no le genera ningún derecho de inamovilidad, ni el nominador adquiere la obligación de motivar el acto pues estas circunstancias no pueden modificar la condición legal de provisionalidad. Sin embargo como los provisionales no están exentos de ser removidos a través del ejercicio irregular de la facultad nominadora, pueden demandar el acto de remoción pues las causales de nulidad afectan tanto los actos de remoción del personal de carrera como los de aquellos carentes de estabilidad. La declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la actora no tenía por qué motivarse, toda vez que se trataba del ejercicio de una facultad discrecional que la Ley le confiere al nominador.”

La Corte Constitucional en Sentencia C-279/07, en contraposición, a lo manifestado por el Consejo de Estado, sostiene, la motivación de los actos administrativos responde a la garantía de los principios de legalidad y de publicidad y al respeto al derecho al debido proceso, toda vez que dicha motivación permite el ejercicio del derecho a la defensa, lo cual evita la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas.



En consonancia con lo anterior, a partir de la sentencia SU-250 de 1998 la Corte estableció que cuando un servidor público ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad el acto de desvinculación debía ser motivado, "pues solo razones de interés general pueden conducir a la desvinculación. La Corte también ha distinguido entre la desvinculación de los servidores de libre nombramiento y remoción y la de los servidores de carrera, y resaltó que respecto de los primeros no existe el deber de motivación, en razón de la naturaleza del cargo, mientras que para los segundos sí es necesaria dicha motivación. Dada la restricción establecida para la discrecionalidad del nominador en lo relacionado con los nombramientos en provisionalidad, la Corte ha entendido que los servidores en condiciones de provisionalidad gozan de una cierta estabilidad que la jurisprudencia ha denominado como intermedia. Así, el funcionario que ocupa cargos en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción. Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia.

Igualmente, la Corte ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, ésta no puede convertirse en arbitrariedad. Por eso, los motivos de interés público que fundamentan la desvinculación deben ser explicitados para garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada. Así, la discrecionalidad del nominador solo puede atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo.

Finalmente, sobre la diferencia de posiciones entre lo sostenido por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en la sentencia T-884 de 2002 la Corte resaltó que "la tesis según la cual los actos de desvinculación de funcionarios que ejercen en provisionalidad cargos de carrera deben ser motivados no resulta incompatible con la del Consejo de Estado, que no exige tal motivación, pues mientras la Corte analiza la falta de motivación desde la perspectiva de la defensa de los derechos fundamentales, el Consejo de Estado lo hace desde la perspectiva de la protección de la legalidad, lo cual permite asegurar que no obstante las apreciaciones del máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, desde el punto de vista de los derechos fundamentales la motivación del acto resulta indispensable.

Es preciso destacar que la jurisprudencia de la Corte también ha sido enfática al advertir que si bien los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un funcionario público nombrado en provisionalidad requieren de su respectiva motivación para garantizar el derecho al debido proceso, esto no significa que los funcionarios nombrados en provisionalidad ostentan los derechos que se derivan de la carrera, y en particular el derecho a la estabilidad laboral que nace de haber accedido por concurso de méritos a la carrera y al cargo correspondiente.

De la anterior normatividad, se tiene que los docentes del Instituto Rafael Reyes, los cobija un régimen oficial-especial amparados por el fuero docente previsto en el Decreto 2277 de 1979, que conforme lo señalado por ellos, gozan de un vínculo legal y reglamentario a la U.P.T.C., por cuanto el acto administrativo de vinculación goza del principio de presunción legalidad. Así mismo, de



acuerdo a lo señalado por el Consejo de Estado, el acto que declaró la insubsistencia de los docentes, también está cobijado de dicha presunción.

Respecto a la afectación jurídica como tal del derecho al trabajo por el comportamiento de la facultad discrecional del nominador en los casos estudiados, tenemos: Aunque la declaratoria de insubsistencia es el producto de la facultad discrecional de remover de la cual están investidas las autoridades nominadoras, según lo dispuesto por el artículo 26 del decreto ley 2400 de 1968. Dicha facultad actúa respecto de los empleados que no tengan vinculación con la carrera administrativa y puede ser ejercida en cualquier momento, sin necesidad de motivación alguna. Por tanto, la necesidad de desvincular del servicio a un funcionario es de libre apreciación; sin embargo, la autoridad debe persuadirse de la conveniencia y oportunidad de su decisión con el propósito de evitar el abuso o desviación de poder cuando se persiguen fines distintos a los del buen servicio y eficacia de la administración (CP arts. 125 y 209). Es así, como el artículo 25 de la Constitución reconoce la doble naturaleza del trabajo como derecho fundamental y como obligación social, y le otorga una especial protección en todas sus modalidades. De otra parte, el constituyente estableció un mandato al legislador de expedir el estatuto del trabajo y señaló los principios fundamentales mínimos que deberá contener, entre ellos la estabilidad en el empleo (CP art. 53).

Sistematización de los valores de debido proceso y facultad discrecional del nominador para el logro de la eficacia jurídica. <Teorías Jurídicas>

### **La Declaratoria de Insubsistencia laboral**

De empleados que no pertenecen a la carrera administrativa. En principio, puede afirmarse que la insubsistencia es el producto de la facultad discrecional de remover de la cual están investidas las autoridades nominadoras, para declarar sin efecto el nombramiento hecho a un funcionario público, con el propósito de hacer cesar su vinculación con el empleado para el cual fue designado. Se consagra en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 que dispone que "El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente, por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia". Esta norma fue declarada exequible en sentencia de noviembre 3 de 1983, en la cual la Corte sostuvo que el gobierno estaba autorizado para legislar, por vía extraordinaria sobre este particular.

Dicha facultad actúa respecto a los empleados que no tengan vinculación alguna con la carrera administrativa, y es de carácter discrecional frente a tales servidores, como claramente lo indica el artículo 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, que textualmente dice: "En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.

En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña". Son empleados que no tienen vinculación con la carrera administrativa quienes ejercen empleo de libre nombramiento y remoción, o quienes desempeñando cargos de carrera no pertenecen a ella por no haber ingresado mediante los procedimientos previstos en la ley para ese efecto.

A la decisión de declaratoria de insubsistencia ha de llegarse cuando la autoridad nominadora se ha persuadido de su conveniencia y oportunidad. Este proceso de formación del convencimiento de la necesidad de desvincular del servicio a un funcionario, por esta causal, es de libre apreciación.



Es precisamente esta libertad que circunda la medida que estudiamos, lo que demanda su prudente y cauteloso ejercicio, con el propósito de evitar determinaciones apresuradas o inequitativas.

La declaratoria de insubsistencia es una medida instituida en la ley en pro de la administración y como todos sus actos está amparada por la presunción de legalidad. Pero tal presunción es desvirtuable, probando que el acto de insubsistencia se hizo con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario que lo expidió, situación que se da cuando el agente que la decreta persigue fines contrarios a los del buen servicio, que son obviamente los que deben perseguir las autoridades investidas de esta facultad. También puede ser anulada una declaratoria de insubsistencia por incompetencia del funcionario que la decreta, como cuando se expide por resolución ministerial pero el acto ha debido ser expedido por decreto del presidente de la República.

*De empleados vinculados a la carrera administrativa:* Por el contrario, respecto de funcionarios amparados por el fuero especial que otorga la carrera administrativa (empleados en período de prueba, o inscritos en el escalafón de la carrera administrativa), la insubsistencia deja de ser una medida discrecional y su ejercicio está condicionado al acaecimiento de ciertas circunstancias, y con arreglo a pronunciamientos, como se desprende de las normas vigentes, que establecen que el nombramiento del empleado de carrera debe declararse insubsistente por calificación no satisfactoria, como resultado de la evaluación del desempeño previo concepto de la comisión de personal (Ley 443, art.43).

#### **De la motivación del Acto Administrativo en General**

La Constitución Colombiana de 1991. La Constitución de 1991 dispuso al Estado como Social de Derecho, es decir, que una de las 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 desvinculación 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 deducían del Artículo 66 del anterior Código, cuando se hablaba de abuso o desviación en las funciones propias del funcionario público.

Los antecedentes constitucionales de la necesidad de motivar el acto administrativo se encuentran en las deliberaciones de la Asamblea Nacional Constituyente...

Ley 909 de 2004. Es reglada la competencia para el retiro de los empleados de carrera, de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la Ley, y deberá efectuarse mediante acto motivado.

“La Competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”.

Razones para la motivación del acto en general, y para la descripción del hecho/causa cuando se ejercite potestad discrecional, en particular.

Como introducción al tema, traemos la apreciación del profesor francés RENE HOSTIOU, expuesta en su conferencia sobre la evolución reciente del Derecho Administrativo en Francia, dada en la Universidad Santo Tomás, en Bogotá: “Durante mucho tiempo, una de las paradojas del derecho administrativo francés, era que la administración no estaba obligada a motivar sus propias decisiones, es decir, a incluir materialmente, dentro del acto, los elementos de hecho y de derecho que servían de fundamento a su decisión. Pero, al mismo tiempo, el juez administrativo estaba facultado para apreciar la legalidad de esos motivos...”.



Razón derivada del Debido Proceso: "Y si ello ocurre (desvinculación sin motivación) se viola el debido proceso consagrado en el Artículo 29 de la 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."

En cuanto al debido proceso administrativo: El Estado le debe a la persona, como derecho prestacional, el derecho a un proceso justo y adecuado, es decir, que antes de privar a alguien de un bien jurídico debe haber una actuación del Estado que nunca puede implicar restricciones a los derechos fundamentales. Esto significa una muralla a los abusos que puede cometer la administración. En otras palabras, el debido proceso también apunta hacia la erradicación de la arbitrariedad, para impedir que se obstaculice la defensa en el proceso (...).

### **A mayor discrecionalidad mayor motivación**

Contrariamente a lo que en forma vulgar o abusiva se cree, es mayor el deber de motivación de las decisiones discrecionales, tal como lo analiza la doctrina: La Administración debe motivar, por eso, sus actos:

(...) A mayor discrecionalidad corresponde mayor necesidad de motivación".

(...) Lo relacionado con la motivación se agudiza en materia de actos discrecionales, donde (con relación a los actos reglados) es mayor la necesidad de justificar la íntima correlación entre motivo (causa), contenido (objeto) y finalidad del acto"....

El Artículo 36 del CCA al reglar o contener la potestad discrecional le impuso unos límites, en cuanto "debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa", los que se deben expresar mediante la motivación del acto, como regla general.

Sin embargo, el inciso 1º del Artículo 26 del D.L. 2400 de 1968 consagra una excepción al deber de motivación, aunque preceptúa, que sin embargo deberán indicarse los hechos y las causas, lo que significa que si bien no es procedente el requisito formal de la motivación como justificación o análisis razonado de los hechos frente al derecho, si se deben indicar los motivos, los hechos y las causas, de manera tal que no haya motivación, pero sí indicación de los motivos.

La provisionalidad y la facultad discrecional de la administración en el ordenamiento Jurídico Colombiano. No puede pasarse por alto que Colombia es un Estado Social de Derecho, el cual supone una protección especial a la población en materia social, razón por la que se fundamenta en el respeto por el trabajo y en consecuencia por la estabilidad laboral; además, el ejercicio del poder debe estar encausado dentro del debido proceso y acorde a las finalidades constitucionalmente fijadas. Establecido lo anterior, corresponde analizar la conveniencia de una postura u otra, pues no se trata de otorgarle la razón a un tribunal, sino de determinar cuál tendría que ser la posición que en Colombia debería sostenerse respecto de los nombramientos hechos en provisionalidad y su forma de terminación.

Ciertamente los empleados nombrados en provisionalidad no poseen las mismas garantías y prerrogativas que tienen los empleados de carrera, por cuanto estos últimos a través de un sistema de selección por méritos, se han hecho acreedores de dicho estatus; pero no menos cierto es el hecho de que los empleados nombrados en provisionalidad no están en el mismo nivel que los empleados de libre nombramiento y remoción, aunque tengan semejanzas y hayan sido tratados por el Consejo de Estado como similares. Ante esto debe decirse que son dos tipos de nombramientos distintos que



obedecen a finalidades que no son idénticas y, por tanto, requieren de un tratamiento que asuma estas diferencias.

En este punto se debe advertir que a pesar de no tener el mismo fuero de inamovilidad que los empleados de carrera poseen, a los nombrados en provisionalidad les asiste una expectativa jurídicamente susceptible de protección, puesto que la procedencia de este tipo de nombramientos sólo es dable cuando se ha convocado previamente a concurso, lo que le genera al provisional una estabilidad restringida hasta tanto no se provea en el cargo al ganador del concurso o incurra aquel en una falta al régimen disciplinario; pues la misma Ley 443 prohíbe reemplazar a un provisional por otro que se encuentre en la misma condición. De ahí se establece que la finalidad de dicha normatividad es diáfana cuando se propone generar todas las condiciones para que las entidades vinculen a los funcionarios en propiedad y de acuerdo con los procedimientos legales y constitucionales, y evitar así que los empleados vinculados lo sean en provisionalidad por regla general, y que sean tratados como funcionarios de libre nombramiento y remoción, cuando no lo son.

En efecto, los empleados de libre nombramiento y remoción, según ha dicho la Corte Constitucional, son la excepción dentro del sistema de administración de personal público en Colombia. En tal sentido se expresó la Corte Constitucional por medio de la Sentencia C-195 de 1994, con Ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa: Como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal, pero además dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la Ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe, haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador obedezca a una potestad infundada (sic). Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determina la Ley (artículo 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total o implique una decisión política.

Convertir a la provisionalidad en el mecanismo predilecto de vinculación de funcionarios a la administración, y a los provisionales en empleados de libre nombramiento y remoción, ha hecho del Estado uno de los empleadores que de la forma más flagrante, constante, frecuente y sistemática, viola lo constitucionalmente dispuesto acerca de la protección al trabajador, la estabilidad laboral y las condiciones que supone ser un servidor público, lo que además de vulnerar las garantías de los funcionarios, genera un efecto social perverso, porque de una manera u otra, dentro del imaginario colectivo, tanto de los servidores públicos como de los particulares, se va arraigando una cultura de desconocimiento de los fines esenciales de un Estado como el colombiano que se hace llamar Social de Derecho, y en últimas termina éste siendo deslegitimado por la fuerza de las prácticas ilegales, politiqueras y corruptas, que sus propios funcionarios en algunos casos ponen en marcha y en muchos otros, padecen.

Ahora bien, ¿qué posibilidades reales de defensa tiene el funcionario que estaba nombrado en provisionalidad, al que se le terminó su vinculación mediante un acto administrativo sin motivación? Sólo podría demandar en acción de tutela el reintegro, hasta tanto hubiese un acto motivado, el cual sería demandable pero sólo mediante la acción de nulidad y restablecimiento.

La jurisprudencia dominante del Consejo de Estado, producto de una interpretación literalista y aislada del resto del ordenamiento, ha dicho que en estos casos se presume que el nominador



desvincula al funcionario en provisionalidad por razones del servicio, lo que simple y llanamente constituye una presunción a favor del empleador y la interpretación más desfavorable para el trabajador, que a todas luces contraría la esencia de la normatividad laboral.

En palabras simples, la práctica judicial, del Consejo de Estado, ha optado por avalar jurídicamente el estado actual de cosas, y ha dado pie para que la facultad discrecional se utilice omnímodamente suponiendo unas razones, que además que se tienen por ciertas, y ni siquiera se deben hacer expresas en el acto administrativo. Ahora, para quienes sostienen, dentro de la jurisdicción contenciosa, que no se puede predicar ninguna clase de estabilidad para los provisionales, y que la omisión de la entidad al no convocar concurso sólo justificaría una sanción disciplinaria para el funcionario encargado de ello, más no tendría la capacidad jurídica suficiente para enervar el nombramiento del nuevo empleado y la remoción del provisional, ¿cómo pretenden garantizar la efectiva prestación del servicio si la ley le impide a la administración reemplazar a un funcionario en provisionalidad por otro en las mismas condiciones?

El Consejo de Estado sostiene que: "en aras de mejorar el servicio", la administración puede, en cualquier momento, desvincular a un funcionario provisional, e incluso, nombrar en su reemplazo a otro en la misma calidad. ¿Cómo no desmejorar el servicio si al dejar esta puerta abierta, la jurisdicción le está permitiendo a la administración utilizar una insana práctica para vincular servidores, que desconoce que la forma idónea de hacerlo es a través de un concurso de méritos?. En virtud de la interpretación teleológica del Consejo de Estado, según la cual, por no desmejorar el servicio, la administración podría hacer uso de la provisionalidad repetitiva e indefinidamente, se defrauda de manera flagrante la finalidad de la carrera administrativa y se desconocen los principios de la administración pública –legalidad, moralidad, eficiencia y debido proceso administrativo-, que, en últimas, constituyen garantías para los administrados.

### **La declaratoria de insubsistencia como potestad reglada y discrecional**

La declaratoria de insubsistencia como causal de terminación de la relación jurídica de los funcionarios de carrera obedece a la premisa según la cual la permanencia del individuo dentro de la organización se halla condicionada a que el mérito y capacidad que se demostraron en el ingreso sean una constante del desempeño del dependiente dentro del aparato administrativo. Esta forma de terminación del vínculo es de carácter reglado, debe responder de forma estricta a criterios de valoración objetivos previamente fijados que permitan constatar con claridad la disminución de la capacidad laboral del funcionario. No existe discrecionalidad de la Administración porque la declaratoria de insubsistencia obedece principalmente a la implementación dentro de los diferentes organismos de sistemas de evaluación y calificación del desempeño laboral. La aplicación de estos instrumentos, y las conclusiones que arrojan cuando son utilizados para valorar el trabajo de un determinado dependiente constituyen el elemento motivación que puede justificar una decisión de desvinculación de aquel que se encuentra escalafonado.

### **Facultad Discrecional**

En ejercicio de la potestad reglada hay una mera aplicación obligada de la norma en la que la relativa discrecionalidad de la decisión viene a estar supeditada por el postulado del buen servicio a la colectividad por parte del órgano competente para expedir el acto administrativo correspondiente. De esta manera, puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad



administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre de adoptar una u otra decisión, es decir cuando su conducta no esté previamente determinada por la Ley.

Dentro de la facultad discrecional no tiene prefijada su decisión de manera rígida sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la decisión concreta, ateniéndose a los objetivos, tanto es así, que en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el recurso contencioso administrativo por desviación de poder contra aquellos actos discrecionales de la administración en que el agente de la administración se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines del Estado de Derecho.

Debe existir una coincidencia entre la finalidad presupuestada por la disposición que autoriza y la que busca el agente al hacer uso de la facultad. Por tal razón se sanciona por desviación de poder la discordancia entre los propósitos de la norma de autorización y los que tuvo en la mira el agente al obrar.

### **Facultad Discrecional y Debido Proceso.**

La validez del acto administrativo también depende de que los motivos por los cuales se expide sean ciertos, pertinentes y tengan el mérito suficiente para justificar la decisión que mediante el mismo se haya tomado. Se trata de un requisito, en cuanto depende de la correspondencia de lo que se aduzca en el acto administrativo como motivo o causa del mismo, con la realidad jurídica y/o fáctica del caso. Estas formalidades vienen a constituir el debido proceso frente a cada acto administrativo. Algunas formalidades de las que comprenden, entre otras, las llamadas garantías procesales, como el derecho de defensa, de audiencia, etc., es decir, las que integran el núcleo esencial del debido proceso. Estas han de estar presentes en la expedición de actos que afecten de manera directa y concreta derechos e intereses particulares y que por lo tanto resulten de un procedimiento administrativo.

*Facultad discrecional en Declaratoria de insubsistencia.* Es el mecanismo a través del que el nominador, mediante acto discrecional culmina el vínculo laboral con un empleado público, y que puede estudiarse desde dos puntos de vista: declaratoria de insubsistencia reglada como figura propia de los empleados pertenecientes a carrera administrativa bajo los supuestos de periodo de prueba o de calificación insatisfactoria del servicio; y la insubsistencia puramente discrecional para los empleados de libre nombramiento y remoción y por consiguiente no amparados por el fuero de estabilidad.

Con relación a la discrecionalidad de los empleos no vinculados al sistema de carrera, cabe indicar que según lo expresa el Artículo 125 de la Constitución este tipo de empleos corresponde a los niveles directivos de la administración y por consiguiente constituyen una hipótesis excepcional de la función pública teniendo en cuenta que estos niveles directivos no solo la vinculación sino la permanencia de los empleados se halla determinada además de las condiciones de idoneidad y eficiencia, por criterios de conveniencia en quien asume la dirección general de la administración pública, por ello es propicio no vincular a este tipo de cargos al sistema ordinario de carrera administrativa manteniéndolos dentro del régimen de discrecionalidad. Idéntica situación atraviesa el empleado que ocupando un cargo con vocación de carrera, no ha accedido al mismo mediante procedimiento de mérito, y por tanto su vinculación con la función es de simple carácter provisional.



*Facultad discrecional en Debido proceso*

Desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa. Pese a su claro enunciado, consideramos que sobraba su formulación como causal autónoma de impugnación, porque los derechos que pretende salvaguardar (audiencia y defensa) han estado siempre no sólo contemplados en normas legales de obligado acatamiento, sino protegidos con la causal expedición irregular del acto y aún con la de violación de la ley. No puede olvidarse que la garantía constitucional enunciada se desarrolla en leyes, cuya infracción, por sí sola, invalidará la decisión tomada con su desconocimiento. En otras palabras, y allí su falta de autonomía, cuando se alega esta causal habrá que señalar las normas legales específicas que permiten la audiencia del administrado y el ejercicio de su defensa.

*Debido Proceso.* El derecho al debido proceso en sentido abstracto se entiende como la posibilidad que tienen las partes de hacer uso del conjunto de facultades y garantías que el ordenamiento jurídico les otorga, en aras de hacer valer derechos sustanciales, dentro de un procedimiento judicial o administrativo, así, el contenido y los alcances del debido proceso están determinados por ese grupo de atribuciones y mecanismos, los cuales, a su vez, están establecidos en función de los derechos, intereses y valores que están en juego en el procedimiento, de acuerdo con criterios de razonabilidad o proporcionalidad. Configuración de la escala metodológica en la asociación de la pirámide axiológica de García Máynez, y lo normativo del derecho al trabajo, debido proceso y la facultad discrecional del nominador. <García Máynez y Kelsen>

*Normas de carácter constitucional*

Artículos 2, 6, 25, 29, 53, 151, 125, 288, 356 y 357 de la Constitución Nacional.

*Tratados Internacionales*

Aprueba el instrumento de enmienda a la Constitución de la O.I.T. Organización Internacional del Trabajo, adoptada por la Conferencia Internacional de Trabajo, en su 72 A reunión, Ginebra 1986.

*Normas Legales*

Leyes: Ley 60 de 1993, Ley 45 de 1975, Ley 715 de 2001, Ley 29 de 1989, Ley 115 de 1994, Ley 443 de 1998, Ley 909 de 2004.

Decretos: Artículos 3, 6 y 7 del Decreto 1572 de 1998, Artículo 61 del Decreto 2400 de 1968, Artículo 3º del Decreto 2655 de 1953, Decreto 2277 de 1979, Decreto 1706 de 1989, Decreto 1278 de 2001.

*Actos Legislativos: 01 de 2001.*

Sentencias Judiciales: T-507 de 2010, C-588 de 2009, T-308-2008, T-132 de 2007, C-125 de 2006, C-368 de 2006, T-222 de 2005, T-552 de 2005, C-1169 de 2004, Sentencia Nº 1603 de 2004, Sentencia Nº 11001-03-15-000-2002-1239-01(S-678) de Sección Segunda, 7 de Diciembre de 2004 del Consejo de Estado, C-037 de 1996, C- 179-2006, C-195 de 1994.

*Análisis – Síntesis.* Nuestro estado es un Estado Social de Derecho, el cual supone una protección especial a la población, razón por la cual se fundamenta en el respeto por el trabajo y en

consecuencia por la estabilidad laboral, además el ejercicio del poder debe estar encausado dentro del debido proceso.

Como quiera que nuestro ordenamiento acoge dos posiciones de una u otra forma opuestas, de un lado la del Consejo de Estado que sostiene que a los funcionarios nombrados en provisionalidad no les asiste el fuero de estabilidad que es propio de los funcionarios inscritos en el sistema de carrera, lo cual en principio es cierto, ya que no puede gozar, los nombrados en provisionalidad, de las mismas garantías que el empleado de carrera que ha demostrado sus aptitudes para ejercer el cargo a través del sistema legalmente diseñado para tal fin, cual es el concurso de méritos. Pero si bien es cierto, no se tratan de funcionarios en carrera, también lo es el hecho de que no son funcionarios de libre nombramiento y remoción.

Ahora respecto a la facultad discrecional con que cuenta el nominador para destituir del servicio a un funcionario nombrado provisionalmente, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo ha considerado ajustado a derecho la declaratoria de insubsistencia de funcionarios provisionales, a través de actos administrativos discrecionales, sobre los cuales no exige motivación alguna, y por ello se ha tenido por cierto que dicha declaratoria se hace por razones del servicio, es decir, que se presume que la insubsistencia obedece al mejoramiento de la actividad administrativa.

De otro lado encontramos la posición de la Corte Constitucional, cuya interpretación respecto de los empleados nombrados en provisionalidad tiene una mayor armonía con lo establecido en la Constitución Política en lo que atañe a estabilidad laboral y debido proceso, es así como, por intermedio de acciones de tutela se les ha reconocido cierta estabilidad y en estos casos el acto administrativo por medio del cual el nominador declara la insubsistencia debe ser motivado.

De tal forma que lo correcto sería una unificación de criterios de nuestras altas Cortes como quiera que si bien es cierto los funcionarios nombrados en provisionalidad no están cobijados de las prerrogativas de aquellos que se encuentran en carrera administrativa, también lo es, que el acto administrativo por medio del cual se retira del servicio a un funcionario por facultad discrecional del nominador, debe ser motivado, entendida la motivación no simplemente como "una razón del servicio" sino como una expresión de las circunstancias de hecho y de derecho que rodean la expedición del acto, los presupuestos o razones cuya expresión sostiene la legitimidad y oportunidad de la decisión de la Administración, de lo contrario incurriría esta última en desviación de poder, que se invoca cuando las finalidades del acto administrativo no son compatibles con las que la ley tuvo en cuenta para otorgar, al funcionario, la competencia para proferirlo, en otras palabras este acto administrativo simplemente sería arbitrario.

En este orden de ideas, una de las consecuencias del Estado social de derecho se manifiesta, justamente, en la obligación de motivar los actos administrativos pues sólo así se pueden verificar si dichos actos se ajustan o no a los preceptos establecidos en el ordenamiento jurídico. De lo contrario, reiteramos se presentaría la figura de la desviación de poder prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, de igual forma la motivación de los actos administrativos resulta indispensable para garantizar el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso relaciona estrechamente con la publicidad de los actos. Como quiera que una actuación secreta o reservada impide ejercer el derecho de contradicción. En efecto, aunque nuestra Legislación prevé que en ciertos casos no se requiere la motivación esta se configura en la excepción ya que la mayoría de actos proferidos por la administración deben estar motivados. Esto sucede, por ejemplo, cuando quien se desvincula del servicio es un empleado de libre nombramiento y remoción, es decir, que circunstancias como estas, el nominador goza de un margen amplio de discrecionalidad que no puede,



desde luego, derivar en actuación arbitraria o desproporcionada pero tampoco exige para que proceda el retiro que el acto de desvinculación deba ser motivado. Ha sostenido la Corte en numerosas ocasiones que, la falta de motivación del acto que desvincula a una persona que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción no es contrario a la Constitución y ha recalado, además, que la no motivación de esos actos constituye "una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno".

El ordenamiento legal ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad cuando se presentan vacancias definitivas o temporales "mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal". En consecuencia podemos concluir que los actos por medio de los cuales se desvincula a una funcionaria o a un funcionario nombrado en provisionalidad para ejercer un cargo de carrera deben ser motivados, pues, de lo contrario, se incurre en desconocimiento del derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso, ya que la falta de motivación, obstruye el acceso a la justicia en contravía con lo dispuesto por el artículo 229 superior. Puesto que cuando se retira a una persona del cargo sin mediar motivación se pone a la o al afectado en situación de indefensión y se desconocen, de paso, sus derechos derivados del artículo 29 de la Constitución Nacional que incluyen: el "derecho a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio, de acuerdo con el clásico principio *"audiatur et altera pars"*, ya que de no ser así, se produciría la indefensión."

Indicadores de eficacia Jurídica para la evaluación del debido proceso en la protección del Derecho Constitucional al trabajo <Entrevistas>

Entrevista Nº 1. La entrevistada, Al respecto, manifiesta que en principio debe anotarse que de conformidad con lo normado por la Carta Fundamental (Arts. 6º, 122, 209) y teniendo en consideración que en Colombia es un Estado Social de Derecho regido por el principio de legalidad que se traduce en que tanto Gobernantes como Gobernados estamos sujetos al imperio de la Ley, en la actualidad no existen facultades discrecionales absolutas. Sin embargo, en relación con el ejercicio de dicha facultad la Honorable Corte Constitucional y el Honorable Consejo de Estado han optado posiciones diametralmente diferentes. Así se observan las sub-reglas jurisprudenciales del máximo tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se encuentra que tratándose de actos administrativos de terminación de nombramientos en provisionalidad, se presume, que dichos actos se expiden por razones de buen servicio, habiendo el demandante desvirtuar dicha presunción; en tanto, que la Honorable Corte Constitucional, señala que para la eficacia jurídica del derecho al trabajo en el ejercicio de la facultad discrecional deben cumplirse a cabalidad lo dispuesto por los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973. Como se observa el tema no es pacífico y requiere de un estudio a fondo.

Entrevista Nº 2. Señala el entrevistado que en virtud a que no es posible delimitar totalmente la actividad de la administración pública, se ha establecido en el orden jurídico dos tipos de potestades: "la reglada y la discrecional". La reglada se encuentra expresamente normada en la Ley u la administración la debe cumplir estrictamente para garantizar el debido proceso. La discrecional, le otorga un margen de libertad a la autoridad, que subjetivamente puede hacer la valoración de un caso concreto; esta facultad generalmente se otorga a funcionarios que ejercen cargos de dirección y la aplican a trabajadores que desempeñan cargos de confianza y manejo, por eso tal facultad impide que se le pueda brindar a plenitud un debido proceso antes de tomar la decisión de desvincularlo, pues hacerlo iría en contraposición a la facultad discrecional. Por eso considero que la protección verdadera al derecho al trabajo frente a la facultad discrecional, solamente es posible ejercerla ante



la jurisdicción, cuando se prueba desviación de poder, en la instancia administrativa no es posible brindar protección efectiva al trabajador que se encuentra en un cargo de libre remoción por la primacía de la facultad discrecional.

Entrevista Nº 3. La entrevistada, al respecto, señala que la motivación del acto administrativo a través del cual se ejercite la facultad discrecional; allí deberá quedar reflejada la necesidad del servicio que impulsó al nominador a aplicar tal facultad. Otro indicador, sería la demostración de móviles propios del servicio, dentro del respectivo proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que se adelanta contra el acto que no fue motivado. Dicho en otras palabras, como se presume la legalidad de todos los actos administrativos y en tal virtud, se entiende que el acto de desvinculación se ajusta al ordenamiento jurídico, corresponde demostrar en sede judicial la existencia de motivos ajenos al buen servicio que lo vicien de ilegalidad y por contera vulneren el debido proceso del empleado.

Entrevista Nº 4. La entrevistada señala que los indicadores podrían ser: 1) la motivación del acto administrativo que se profiere para desvincular a un servidor en provisionalidad, pues en caso contrario, se puede poner al servidor público desvinculado en una situación de indefensión, 2) la calificación, 3) La garantía de ser oído y de disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa del artículo 29 de la Carta Política, pues al momento de declararse insubsistente un cargo, debe existir una justa causa para ello, bien porque el empleado incurrió en una causal disciplinaria o porque el cargo provisional fue sometido a concurso, momento en el cual, el nominador puede hacer uso de su discrecionalidad.

Entrevista Nº 5. El entrevistado expuso: El debido proceso, entendido como derecho constitucional (Art. 29), deberá ser garantizado con independencia de los diferentes regímenes laborales. Si bien es cierto, que la facultad discrecional del nominador, se encuentra regulada por la ley (y es precisamente esta condición la que no la convierte en arbitrariedad), deberá señalarse que el principio de estabilidad en el empleo no es un principio absoluto, al contrario éste obedece a una serie de factores establecidos ampliamente en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que se expresa que la estabilidad en el empleo no debe ser confundida con inamovilidad. Por otra parte, el debido proceso debe ser garantizado teniendo en cuenta la clase de vinculación del empleado, sin perjudicar otros derechos fundamentales; considero que una de las formas para garantizar el debido proceso, podría ser la motivación obligatoria, por parte del nominador tanto en la vinculación del empleado, como cuando decida su retiro, en los casos en los que en la actualidad dicha motivación no es obligatoria.

Evaluación de eficacia jurídica de la facultad discrecional del nominador en los procesos por los que se declararon insubsistentes los docentes del Instituto Técnico "Rafael Reyes" de Duitama. Fuentes: Informes investigativos parciales anteriores, Método: Deducción e inducción.

## CONCLUSIONES

Frente a la declaratoria de insubsistencia de los docentes del Instituto Técnico Rafael Reyes de Duitama, tenemos que frente al acto administrativo es necesaria la motivación del mismo para la desvinculación de funcionarios nombrados provisionalmente en cargos de carrera, pues no basta con una simple comunicación y/o notificación de la decisión tomada por el nominador; sino que se debió tomar cada caso en concreto para determinar sobre su insubsistencia. Así mismo, se debió llamar a



cada docente y explicarle las razones que daban por terminado su contrato a fin de que se respetara su derecho al trabajo.

En principio hay que entenderse que la discrecionalidad absoluta del nominador es entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho constitucional contemporáneo. En cambio, la discrecionalidad relativa, es ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional. En este orden de ideas, se ve la necesidad de motivar el acto administrativo como la mejor garantía para distinguir lo discrecional de lo arbitrario.

Así pues, no basta mencionar en el acto administrativo por medio del cual se declara insubsistente a un docente, que su insubsistencia se realiza por necesidad del servicio, sino que esa presunta necesidad debe ser motivada por el nominador so pena de incurrir en una desviación de poder y de configurar causal autónoma de nulidad del acto administrativo inmotivado y así garantizar a cabalidad el derecho de contradicción y de defensa de los docentes. Claro está, controvirtiendo lo señalado por el Consejo de Estado cuando determina que no se debe motivar el acto administrativo que declara la insubsistencia, siendo ésta postura más tecnócrata, que garantista con los derechos fundamentales del trabajador.

La ponderación y clasificación de un derecho fundamental frente a otras garantías constitucionales, hace parte de la nueva generación evolutiva y el cambio que nuestro derecho más público ósea el derecho constitucional cimienta como instituciones jurídicas que tienen como único fin salva guardar la integridad de los derechos fundamentales de los humanos así como su digna existencia y el desarrollo de actividades económicas que le permiten a este desenvolverse como un individuo activo de la sociedad y que cada día se nutre no solo legal sino también socialmente.

En una época de cambio como esta es difícil poder establecer cuales derechos pueden pesar más que los otros o cuales deben estar en orden más urgente de aplicación y protección del estado, lo que si nos puede quedar muy claro dentro de nuestra investigación es que ciertas ramas del derecho como la del administrativo, el administrativo laboral e incluso el disciplinario tienen un fuerte custodio como lo es el derecho constitucional, que va mucho más allá de la jurisprudencia de las altas cortes y de las leyes amparando los derechos de las personas y blindando a los más débiles del indiscutible poder de los estados y de la frialdad del derecho positivo.

Es indiscutible que el derecho fundamental al trabajo debe ser más importante y sobre pasar los límites legales de aquellas facultades discrecionales que nuestros nominadores han impuesto por doctrina y ley sobre nuestras débiles garantías constitucionales, todos tenemos derecho a una vida digna, a un mínimo vital y móvil y a una protección especial por parte del estado cuando hemos adquirido ciertos privilegios como el de tener un empleo digno.

Si bien es cierto ya existe un régimen y una forma de acceder a los cargos públicos, también debe ser un motivo real y legal el de apartarnos de los cargos los cuales en razón de nuestras calidades ocupemos de manera provisional, no puede esto remitirse a un simple capricho sin sustento del nominador, si así fuera no habría razones legales o académicas para seguir investigando todas estas situaciones socio jurídicas que aunque en muchas ocasiones no se comparten si alimentan nuestras fortalezas académicas y legales.



El empleado de provisionalidad no debe verse frente a su nominador como un guerrero desarmado y vencido, debe darse condiciones de igualdad en todo momento para que no haya una parte débil que tenga que soportar una carga injusta y una parte leonina que arroye sin contemplación los derechos fundamentales de los demás, que mejor para esto que en todos los casos y circunstancias sea una obligación la verdadera motivación de todos y cada uno de los actos que contengan decisiones de puedan vulnerar las garantías de otros, para nuestro caso específico el derecho fundamental al trabajo.

Si las actuaciones de manera íntegra se originaran de una respetuosa y respetable motivación y su asidero fuera siempre la constitución política, la vía gubernativa frente a estas no sería un tabú, puesto que la legalidad y la verdad ideológica saltarían a la vista. Pasa lo contrario con actos que por simple capricho se convierten en facultades discrecionales de los nominadores que a todas luces son violatorios del debido proceso y de otras garantías fundamentales, que en conexidad con la vida y la dignidad humana si pueden llegar a acabar con todos los proyectos de vida que se pasen por su frente.

Esperamos que cada día nuestra constitución política sea más robusta y tenga más dientes para que siempre tenga todas las formas de protegerse y protegernos, solo así encontraremos el equilibrio tan necesario entre lo justo lo legal y lo normativo.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá: Actos Legislativos: 01 de 2001.
- Berrocal Guerrero, Luis Enrique, Manual del Acto Administrativo, Manual Del Acto Administrativo: Según La Ley, La Jurisprudencia y la Doctrina, Editorial: Ediciones Librería del Profesional, 2001.
- Betancur Jaramillo, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1981.
- Bohorquez Botero, Luis Fernando, BOHORQUEZ BOTERO, Jorge Iván, Diccionario Jurídico Colombiano con enfoque en la legislación Nacional, Colombia: Editora Jurídica Nacional, 2007.
- Constitución Política de Colombia, 1991, Artículos 2, 6, 25, 29, 53, 151, 125, 288, 356 y 357.
- Cuellar, Jaime Bernal; MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo: Eduardo: "El proceso Penal", Universidad Externado de Colombia, Bogotá; 1995.
- Decreto Ley 2400 de 1968, Artículo 26.
- Decreto Reglamentario 1950 de 1973, Artículo 107.
- Decretos: Artículos 3, 6 y 7 del Decreto 1572 de 1998, Artículo 61 del Decreto 2400 de 1968, Artículo 3º del Decreto 2655 de 1953, Decreto 2277 de 1979, Decreto 1706 de 1989, Decreto 1278 de 2001.
- Gómez Aranguren, Gustavo Eduardo, Principios del Derecho Administrativo, Santa Fé de Bogotá, Colombia: ABC Editores Librería, 2002.
- Leyes: Ley 60 de 1993, Ley 45 de 1975, Ley 715 de 2001, Ley 29 de 1989, Ley 115 de 1994, Ley 443 de 1998, Ley 909 de 2004.



Rincón Córdoba, Jorge Iván, Empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral, Derecho Administrativo Laboral, Editorial Universidad Externado de Colombia, fecha de edición: Marzo de 2009, ISBN: 9789587103922.

Sánchez Torres, Carlos Ariel, Acto Administrativo – Teoría general- segunda edición, Editor Legis, Bogotá, 2004, 510 páginas.

Sentencias Judiciales: T-507 de 2010, C-588 de 2009, T-308-2008, T-132 de 2007, C-125 de 2006, C-368 de 2006, T-222 de 2005, T-552 de 2005, C-1169 de 2004, Sentencia N° 1603 de 2004, Sentencia N° 11001-03-15-000-2002-1239-01(S-678) de Sección Segunda, 7 de Diciembre de 2004 del Consejo de Estado, C-037 de 1996, C- 179-2006, C-195 de 1994.

Valdés López, Emiro Carlos, La provisionalidad y la facultad discrecional de la administración en el ordenamiento Jurídico Colombiano, 2009, Universidad Pontificia Bolivariana Colombia, revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 39, Núm. 110, Enero-Junio, 2009, PP. 125-155

Villegas Arbeláez, Jairo, Insubsistencia laboral: Competencia reglada y discrecional. Derecho de defensa, categoría: Derecho Laboral y Seguridad Social, editorial: Universidad Externado de Colombia, Fecha de edición: Julio de 2007 (Tercera Edición), ISBN: 9789587101596.

Younes Moreno, Diego, 2004, Panorama de las reformas del estado y de la administración pública, Derecho Administrativo Laboral, Universidad del Rosario, 499 páginas.