



Revista de Derecho

ISSN: 0121-8697

rderecho@uninorte.edu.co

Universidad del Norte

Colombia

Vergara Mesa, Hernán Darío

La insubsistencia administrativa discrecional en Colombia: una mirada desde el principio
de proporcionalidad

Revista de Derecho, núm. 44, julio-diciembre, 2015, pp. 1-30

Universidad del Norte

Barranquilla, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85141031003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

La insubsistencia administrativa discrecional en Colombia: una mirada desde el principio de proporcionalidad*

Dismissal of the discretionary administrative in Colombia:
a view from the principle of proportionality

DOI: <http://dx.doi.org/10.14482/dere.44.7167>

Hernán Darío Vergara Mesa**

Universidad de Antioquia (Colombia)

* Artículo resultado de la investigación "Función pública y Derecho del trabajo en Colombia, Período 2006-2011", aprobada por el Sistema Universitario de Investigación de la Universidad de Antioquia mediante Acta CODI n° 655 de 30 de abril de 2013 y culminada en marzo de 2014.

**Abogado y magíster de la Universidad de Antioquia, candidato a Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Profesor asociado de la Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Docente de derecho administrativo y del módulo de función pública en las especializaciones de las universidades Pontificia Bolivariana, Eafit, Medellín y de Antioquia. Miembro del grupo de investigación Derecho y Sociedad de la Universidad de Antioquia.

REVISTA DE DERECHO

N.º 44, Barranquilla, 2015

ISSN: 0121-8697 (impreso)

ISSN: 2145-9355 (on line)

Resumen

En este artículo se hace aplicación de la metodología que propone el principio de proporcionalidad en los eventos de ejercicio de facultades discrecionales por parte de la Administración pública en los cuales se afecta el derecho a la estabilidad laboral de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción. El análisis es concluyente respecto a la necesidad de relativizar el paradigma del interés general, así como también la presunción de legalidad de los actos de administrativos, pues su reconocimiento casi absoluto por la jurisprudencia se ha constituido en el principal obstáculo para que los jueces apliquen en la función pública las garantías mínimas del trabajo que consagra la Carta Política vigente.

Palabras clave: insubsistencia discrecional, empleado público, motivación, acto administrativo, principio de proporcionalidad, estabilidad laboral.

Abstract

This article reports the methodology application that deals with the principle of proportionality in the events of discretionary faculties from the public administration in which the rights of labor stability of freely appointed and removable public officials are violated. The analysis concludes that it is important not only to lessen the paradigm of general interest, but also the presumption of legality in the administrative acts due to the fact the recognition from part of the jurisprudence has become the main obstacle for the judges to apply the labor guaranties that are expressed in the present Policy Charter.

Keywords: discretionary dismissal, public official, motivation, administrative act, principle of proportionality, labor stabilit.

Fecha de recepción: 26 de marzo de 2014

Fecha de aceptación: 8 de agosto de 2014

INTRODUCCIÓN

La adaptación de las instituciones del derecho administrativo colombiano a los dictados de la Carta de 1991 ha sido tardía, y en algunos ámbitos completamente exótica, como ha ocurrido en la función pública, al menos desde la perspectiva de la relación de trabajo que allí se configura entre el Estado y sus servidores. La lectura con la que se ha aprehendido, interpretado y aplicado la mayoría de las instituciones que corresponden a este campo no ha dejado de ser, aun en nuestros días, eminentemente administrativa y completamente alejada del derecho laboral, disciplina jurídica integrada en las fuentes del derecho que regulan este campo.

Este trabajo fue motivado por la necesidad de contribuir en la resolución de tal problemática, ante todo mediante la resignificación del peso que debe tener el derecho laboral dentro de la función pública colombiana, que aún padece el paternalismo del derecho administrativo y, con él, el abandono de lo que pareciera ser una prioridad de la Carta Política colombiana inspirada en un modelo de Estado constitucional de derecho, esto es, la protección del trabajo humano. Con ese propósito, este estudio intenta hacer uso de una de las herramientas que la teoría sobre del Estado constitucional ha desarrollado con mayor empeño para lograr la efectividad de ese modelo: el principio de proporcionalidad; siguiendo para dicho objetivo el riguroso estudio del profesor Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero (2007), el cual se refiere al derecho administrativo y, por tanto, cercano a las necesidades y exigencias que son propias de la disciplina administrativa, sin descuidar las referencias directas a Alexy (2008), actualmente el más importante teórico sobre el tema.

Par tal fin se confrontó un evento típico de discrecionalidad administrativa dentro de la función pública colombiana, específicamente, la declaratoria de insubsistencia de nombramientos ordinarios, con las pautas que ofrece el principio de proporcionalidad, incorporando a la discusión la dogmática relativa a las fuentes del derecho –administrativas y laborales– que allí resultan implicadas, fundamentalmente desde la perspectiva jurisprudencial.

METODOLOGÍA

La investigación desarrollada fue cualitativa y de tipo analítico-descriptivo, planteada a partir del problema de la prevalencia de las fuentes del derecho administrativo sobre las del derecho laboral en las causas presentadas por los empleados públicos en materia de estabilidad laboral. Para ello se formuló la siguiente hipótesis: en materia de estabilidad laboral, la jurisdicción contencioso administrativa no opera las instituciones del derecho del trabajo y, por ende, en las causas respectivas aplica exclusivamente las fuentes de derecho administrativo.

Para dar respuesta a esta hipótesis se realizó una pesquisa sobre decisiones del Consejo de Estado colombiano en el período comprendido entre 2006 a 2011, en las cuales se evaluó el grado de utilización y aplicación de las fuentes del derecho del trabajo en la resolución de las causas laborales propuestas por los empleados públicos, específicamente en materias relativas a los regímenes de estabilidad, salarial y prestacional. Se decidió hacerlo desde tal instancia por su carácter de órgano judicial, con la más alta jerarquía en materia contencioso administrativa y con la misión específica de unificar la jurisprudencia en esa clase de asuntos.

Para el estudio de las sentencias se diseñaron fichas de recolección de la información, parametrizadas de acuerdo con las categorías de análisis establecidas en la investigación, esto es, la invocación, la mención y la aplicación efectiva de las instituciones del derecho laboral por parte de este juez al fallar las causas puestas a su consideración. Se elaboraron igualmente cuadros comparativos para facilitar el análisis de la información recolectada.

RESULTADOS

Análisis de los elementos del acto administrativo de insubsistencia que son susceptibles de examen por el principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad se articula siempre alrededor de una medida y un objetivo, y encuentra su mayor dimensión en el campo de las actuaciones públicas de carácter discrecional que terminan siendo

lesivas de derechos e intereses de los particulares. Por esta razón, el foco de atención será la tradicional causal de retiro denominada *declaratoria de insubsistencia del nombramiento ordinario*, esto es, la que recae en empleos de libre nombramiento y remoción. Esta causal tiene dos particularidades que la hacen muy interesante a la luz del mencionado principio: es discrecional y está exonerada de motivación (Congreso de Colombia, 2004).

Cuando se habla de una relación de medios y fines en un acto administrativo, normalmente se ponen en juego dos o más elementos estructurales del mismo, los denominados elementos objetivos y finalistas. Al hacer referencia al elemento *objetivo* se está hablando propiamente del contenido del acto administrativo, es decir, lo que este dispone, declara, decide u ordena (Gordillo, 2011, pp. VIII-6), y que será el punto específico de control por parte del principio de proporcionalidad; para el caso concreto que se va a analizar, este elemento se expresa en la *declaratoria de insubsistencia de un nombramiento*. Por su parte, el elemento *finalista* hace referencia a los objetivos que persigue la Administración pública con su decisión, las cuales pueden hallarse expresamente en las normas legales que otorgan la competencia a la autoridad pública o pueden ser subsidiariamente referidas al interés general (De Laubadere, 1984, pp. 104-105), que es un componente teleológico común en la Carta Política colombiana (1991).

El acto administrativo de insubsistencia, por las particularidades anotadas, encontrará usualmente su derrotero teleológico en el subsidiario del interés general, pero respaldado además en dos presunciones: la presunción de legalidad, en cuanto lleva a suponer que todos sus elementos estructurales (subjetivos, objetivos, causales, formales y finalísticos) cumplen las condiciones legales, y la presunción de que ha sido dictado con la finalidad de satisfacer el interés general o la buena prestación del servicio. Corolario de lo anterior es que el empleado público que alegue la ilicitud del acto, y específicamente de su objeto y de su finalidad, tiene la carga especial de descubrir cuáles fueron los motivos que determinaron la declaratoria de insubsistencia y alegar y probar fehacientemente la ilicitud de la misma (Consejo de Estado, 2010).

Análisis de la aplicación de los juicios del principio de proporcionalidad en los actos de insubsistencia de carácter discrecional

De acuerdo con Sarmiento (2007, p.166), hablar de proporcionalidad implica referirse a tres juicios distintos: el de adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto.

El *juicio de adecuación* consiste en comprobar el grado de coherencia y eficacia que tienen los medios dispuestos por el acto jurídico respectivo para alcanzar las finalidades definidas por el ordenamiento jurídico. Solo en los casos de manifiesta desproporción esta clase de juicios puede conducir a plantear ilicitudes de los actos administrativos por razón de la aplicación del principio de proporcionalidad, toda vez que de lo que se trata es de analizar en abstracto si la medida adoptada por la Administración es susceptible de alcanzar la finalidad fijada por el acto o por el ordenamiento jurídico a través de la cláusula subsidiaria del interés general.

Esta clase de juicio puede inicialmente ser confrontado favorablemente en el acto de insubsistencia, no solo por las presunciones legales que lo favorecen, sino también por el contenido mismo que regularmente posee, que se traduce en una acción usualmente dirigida a mejorar la prestación del servicio que se encuentra a cargo del titular del empleo. Aun así, se podría afirmar la falta de adecuación de una decisión como esta en aquellos eventos en los que la insubsistencia recaiga sobre un empleado que ha logrado demostrar la idoneidad, la competencia, la eficiencia y la rectitud en el servicio público, pues entonces resultaría sospechoso su retiro, salvo que la Administración demostrara el estándar de mayor satisfacción del servicio con el nuevo nombramiento. Cabe indicar, en todo caso, que sobre este punto existen evidentes contradicciones en el Consejo de Estado (Consejo de Estado, 2007 y 2011).

Del mismo modo, podrían considerarse como contrarios al juicio de adecuación todos aquellos actos de declaratoria de insubsistencia en los cuales el objeto –lo decidido– es imposible tanto desde lo físico como desde lo jurídico, como cuando se declara insubsistente el nombramiento de una persona que ha renunciado voluntariamente, o al

que le han suprimido efectivamente su cargo, o en relación con un empleado que no ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción¹.

Por su parte, el *juicio de necesidad* es conocido como el juicio de la medida menos restrictiva (Sarmiento, 2007, p. 190), y consiste en una comparación entre la decisión adoptada por la Administración y la existencia de otras opciones o alternativas menos restrictivas e igualmente válidas y eficaces para lograr las finalidades de interés general y las necesidades del buen servicio a cargo de la función pública. Se trata de un juicio altamente dependiente de la demostración material que se haga de la afectación a la esfera jurídica del empleado y de la existencia de alternativas menos gravosas pero con igual eficacia para alcanzar el fin propuesto.

A la hora de aplicar el juicio de necesidad al ámbito de la función pública, y específicamente a la decisión de declaratoria de insubsistencia de un nombramiento, deben tenerse en cuenta dos aspectos relevantes: en primer lugar, que siendo una causal de retiro del servicio –o lo que podría denominarse en el ámbito laboral privado una causal de despido– incide directamente en el derecho a la estabilidad laboral del empleado, que es estimada en la Carta Política colombiana como un principio mínimo fundamental del trabajo (Carta Política, 1991), si bien habría que reconocer que la misma tiene grados diferentes de garantía. En segundo lugar, que esa causal de retiro se produce por una decisión unilateral de la autoridad nominadora y en forma discrecional; ese solo hecho implica que quien determina la oportunidad y conveniencia de la insubsistencia es esa autoridad, lo cual sugiere que tiene también la posibilidad de decidir el no retiro del empleado y tomar otras decisiones que permitan lograr la misma finalidad.

El carácter discrecional que se ha reconocido a la insubsistencia del nombramiento en estos casos –que es distinta a la de los empleados de carrera (Congreso de Colombia, 2004)–, en sentido estricto implica

¹ Este último es un elemento de particular importancia para analizar el problema de la insubsistencia del personal nombrado en provisionalidad.

una libertad para tomar esa decisión o no tomarla (Alonso Más, 1998), y es esta anotación la que abre palpablemente la puerta para que la decisión de declaratoria de insubsistencia no se estime siempre como la única y la mejor medida que pueda alcanzar la garantía del buen servicio a cargo de la función pública, sino como una de tantas que puede lograrlo. Es más, resulta razonable pensar que tal modo de proceder se muestra como el más intenso e invasivo de los medios posibles si se lo pone en relación con los derechos laborales comprometidos, que empiezan con el de estabilidad laboral pero que anejamente envuelve el derecho fundamental al trabajo, a la subsistencia, al debido proceso y a la seguridad social, entre otros.

Nada impide que la autoridad nominadora pueda adoptar otras medidas que conduzcan a mejorar el servicio, y que la declaratoria de insubsistencia sea utilizada como *ultima ratio* luego de agotar diversos procedimientos administrativos ordinarios e incluso excepcionales, como el disciplinario.

En lo que respecta al tercer juicio, esto es, el de *proporcionalidad en sentido estricto*, cabe indicar que mediante este se examina si la decisión administrativa puede ser susceptible de un balance entre medios y fines, de modo que se valoren los beneficios del interés público y el coste del sacrificio de los derechos involucrados (Sarmiento, 2007, p. 206). Esto implica una ponderación por parte de quien controla la actividad estatal en cada caso, pues no se trata de declarar inválido un derecho, un principio, un bien o interés cualquiera, sino de establecer cuál de ellos tiene un mayor peso en el caso concreto; de lo cual resulta una regla de prevalencia condicionada que plantearía que dadas determinadas circunstancias, el derecho, principio o valor X debe preceder a otro principio, valor o derecho Y determinado (Da Silva, 2011, pp. 139-141).

Es importante precisar que este análisis se fundamenta en la teoría de alexiana de los principios (Alexy, 2008, pp. 79 y ss.), la cual plantea una clara diferencia entre los principios y reglas; estimándose los primeros como mandatos de optimización, esto es, que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas, descartando así que sean razones definitivas

o absolutas. Por eso, por muy relevantes que se valoren los preceptos constitucionales y legales consagradorios del interés general o de la legalidad como marcos de actuación de las autoridades públicas, según esa teoría no se considerarían reglas definitivas que a toda costa deban prevalecer; lo cual exige su debida ponderación con otros mandatos contentivos de derechos atendiendo a las razones que deben regir el caso concreto. Con base en esta misma teoría debe recordarse que los derechos fundamentales se reputan principios (Alexy, 2008, p. 67), descartándose así una precedencia definitiva entre ellos mismos y con respecto a otros principios, lo cual ha sido acogido sin mayores reparos por nuestro tribunal constitucional (Corte Constitucional, 1997).

Aplicación de la ponderación en los actos de insubsistenciade carácter discrecional

En los eventos de conflictos entre principios, el método aplicativo adecuado es la ponderación y no la subsunción (Alexy, 2008, pp. 70-71), y la doctrina plantea que para su resolución deben seguirse una serie de pasos: la identificación de las magnitudes en conflicto, la atribución del peso a cada uno de los principios o derechos en conflicto y la aplicación de la máxima consistente en que “cuanto mayor sea el grado de perjuicio de uno de los principios, mayor ha de ser la importancia de la satisfacción de su contrario” (Sarmiento, 2007, p. 209).

Es importante referirse a cada uno de estos puntos.

a. Las magnitudes del conflicto. Para el caso concreto, estas son los fines y los medios en que se basa la Administración pública para declarar la insubsistencia de un nombramiento. A este respecto puede afirmarse que la finalidad que habitualmente se dice que es perseguida por una decisión como la comentada es *la satisfacción del interés general o las necesidades del buen servicio*. Las normas jurídicas, en este caso de jerarquía legal, que otorgan la potestad administrativa a una autoridad para declarar la insubsistencia de un nombramiento de esta índole (Congreso de Colombia, 2004) no aluden de manera expresa a esta finalidad, la cual se ha suplido con la cláusula del “interés general”, que está consagrada en varias normas constitucionales (Carta Política, 1991, arts. 1,

58 y 209), y reforzada por la jurisprudencia administrativa, que la presume y la defiende frecuentemente en términos como los siguientes:

La búsqueda del mejoramiento del servicio y la satisfacción del bien común de la sociedad son los propósitos que siempre debe propender el nominador cuando ejerce la facultad discrecional de declarar insubsistente un nombramiento de un provisional en un cargo de carrera. En ese orden, se entiende que el ordenamiento jurídico haya establecido sobre dichos actos la presunción de legalidad y que se expiden bajo tales propósitos, siendo entonces deber del particular desvirtuarla en el sentido de comprobar que, con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, por ende, se desmejoró el buen servicio público. (Consejo de Estado, 2011a)

La otra magnitud, esto es, la relativa al medio, consiste en el caso que se está comentado: la decisión de declaratoria de insubsistencia del empleado, lo cual tiene implicaciones claras según las normas colombianas sobre la función pública. En efecto, una decisión tal pone en situación de retiro del servicio público al empleado de manera definitiva, con el efecto implícito de la terminación de su relación laboral con el Estado. No se puede decir que exista en sentido estricto una justa causa para ese retiro, pues no hay en estos eventos adelantamiento de procesos de responsabilidad personal que verifiquen la ocurrencia de una falta del servicio. Lo que sí existe es una atribución legal para declarar esa insubsistencia, y desde su declaración la persona objeto de la misma no solo deja de pertenecer a los cuadros de la Administración pública sino que también deja de tener la condición de trabajador, genéricamente considerado.

Ahora bien, uno de los aspectos que cobra protagonismo cuando se conocen las magnitudes del conflicto es el relativo al estándar de protección que debe ser utilizado en dicho análisis por quien controla la actividad administrativa. Por “estándar de protección” entiende Sarmiento (2007) *un nivel variable de protección jurídica del ciudadano...cuya fuente se encuentra en el contexto jurídico del caso* (p. 354); y este contexto estaría constituido por las diferentes fuentes del derecho que se involucran en la regulación del asunto, esto es, las normas constitucionales, legales, internacionales, reglamentarias y los precedentes judiciales

que han surgido a raíz de la resolución de controversias alrededor de esta misma clase de asuntos.

Estas fuentes del derecho pueden estar alineadas a alguno de los extremos jurídicos que están en conflicto y que se enfrentan cuando la Administración pública adopta una decisión discrecional de insubsistencia del nombramiento de un funcionario público. Uno de esos extremos está representado por las normas jurídicas de todo nivel que consagrarían el interés general y las razones del buen servicio como valores o principios llamados a ser protegidos por parte de las autoridades públicas cuando hacen uso de sus competencias en el escenario de la función pública. El otro extremo se reflejaría en las normas jurídicas que protegerían la situación particular de la persona que encontrándose en el desempeño de un cargo público es retirada del servicio mediante una declaratoria discrecional de insubsistencia de su nombramiento.

El contexto jurídico del primer extremo comprendería una serie de normas constitucionales, legales y reglamentarias, a demás de los precedentes judiciales –por ejemplo, de las altas Cortes– que determinan el valor de la consecución del interés general en todas las actuaciones de las autoridades públicas. Así lo determinan claramente los artículos 1º, 58, 123 y 209 de la Carta Política (1991).

Por su parte, en el nivel legal, las normas más generales sobre el ejercicio y desarrollo la función pública administrativa prevén diferentes disposiciones con ese tipo de consagración. Es el caso del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2011), que en varias de sus normas dispone la prioridad de los intereses generales sobre los particulares (artículo 1º).

Esa misma línea es seguida por el estatuto general de la Administración pública (Congreso de Colombia, 1998) en sus artículos 3º y 4º y por la Ley General de Empleo Público, Carrera Administrativa y Gerencia Pública (Congreso de Colombia, 2004), la cual determina en sus artículos 1º y 2º como finalidad esencial de los servidores públicos asegurar *la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad*.

En el orden administrativo, habría que decir que los reglamentos presidenciales son una réplica mucho más clara de sus normas fundantes, al proclamar la protección de los intereses generales de la manera ya descrita. Una de tales normas (el Decreto 1227 de 2005) incluso tiene la particular pretensión de fijar en el artículo 95 algunos eventos que, de invocarse, se considerarían como de interés general o de necesidad del buen servicio para los efectos de las reformas de las plantas de personal de las entidades estatales.

En el ámbito de la jurisprudencia tanto constitucional como administrativa es forzoso señalar que existe una generosa utilización de los conceptos de interés general y de necesidades del servicio, pero solo para efectos de aplicarlos a los casos concretos, sin que se pueda percibir con algún grado de certidumbre cuál es el entendimiento que se tiene sobre los mismos, aunque solo fuera para establecer el grado de jerarquía o de importancia que tienen cuando entran en conflicto con los intereses individuales y con derechos reconocidos también por el ordenamiento jurídico en todos sus niveles.

Precedentemente se hizo una breve referencia a la manera como el Consejo de Estado utiliza los conceptos de interés general y de necesidades del buen servicio; se trata, sin duda, de una aplicación mecánica y casi absoluta del mismo, que opera predominantemente a partir de las presunciones legales ya citadas, que exigen entender que toda actividad de la Administración pública se encamina a satisfacer un interés general, a menos que quien alegue lo contrario acredite suficientemente los móviles ajenos a ese fin. Esa observación se repite a lo largo de prácticamente todas las decisiones de esa corporación sobre la función pública, al punto que queda la sensación de que tal presunción termina avalando una pléyade de actuaciones posiblemente irregulares de las autoridades públicas simplemente porque no se pudieron aportar las pruebas suficientes de sus vicios. En definitiva, los intereses generales y las necesidades del servicio terminan siendo en la jurisprudencia administrativa conceptos que por su polisemia, indeterminación, vaguedad y complejidad (Blanquer, 1998, p. 183) sirven de “comodín” a un sinnúmero de decisiones judiciales que no lograron reconstruir para el caso concreto el grado de consecución de los intereses públicos por parte de las autoridades.

Las cosas no son sustancialmente distintas cuando esos mismos conceptos son utilizados por la jurisprudencia constitucional en sus decisiones tanto de constitucionalidad como de tutela, pues la Corte (que se ha caracterizado entre nosotros por su fecunda producción alrededor de los postulados fundamentales de la Carta Política de 1991) también se ha dejado llevar por la inercia de hacer aplicable el concepto de interés general en los casos en que no aparezca flagrantemente probado lo contrario. Aun así, debe destacarse que ese Tribunal (ante todo en las sentencias de revisión de tutela) ha hecho un esfuerzo mayor por establecer las circunstancias en que se soporta el interés general denunciado por la medida administrativa y merecedor de la prevalencia sobre derechos de carácter fundamental, como ha ocurrido en el caso de la utilización del *ius variandi* por parte del Estado (Corte Constitucional, 2000 y 2004); pero lo más importante: ha exigido que la invocación del interés general por parte de las autoridades se acompañe de su explicación concreta, mediante una motivación incorporada en el acto administrativo respectivo (Corte Constitucional, 1998).

El contexto jurídico del otro extremo de la relación, esto es, la del empleado que es objeto de la medida y sufre las consecuencias ya indicadas de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, se puede encuadrar en las siguientes fuentes de derecho:

Desde el punto de vista constitucional, varias normas protegen directa o indirectamente la posición jurídica de un empleado que se halla en una situación como la descrita, que metodológicamente se pueden agrupar en dos bloques: uno que contiene normas consagratorias de derechos de carácter social y específicamente laboral y otro que contiene normas consagratorias de derechos civiles y políticos.

En el primer bloque hay que incluir disposiciones como el preámbulo y el artículo 1º de la Constitución, que dan al trabajo y a la dignidad humana el carácter de valor y principio constitucional; el artículo 25, que reconoce para el primero una especial protección del Estado en todas sus modalidades; los artículos 48 y 49, que garantizan el derecho irrenunciable a la seguridad social, y en especial a la salud, derechos que históricamente, y aún en la actualidad, están ligados a la relación

de trabajo. Mención especial debe hacerse del artículo 53, porque consagra los así llamados expresamente por la Carta “principios mínimos fundamentales” del trabajo, de los cuales hace una enunciación generosa, incluyendo allí la estabilidad en el empleo. También son pautas valiosas para este contexto los artículos 93 y 94, debido a que incorporan al orden interno todos aquellos tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos, destacando su prevalencia para la interpretación y aplicación de los derechos y deberes consagrados en la Constitución.

El segundo bloque comprende todas aquellas normas que consagran derechos civiles y políticos que son afectados por una decisión administrativa discrecional de declaratoria de insubsistencia de un nombramiento. Estas normas son las consagradas en los artículos siguientes: 2º (garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y la facilitación de la participación de todos en las decisiones que los afectan); 5º (primacía de los derechos inalienables de la persona); 13 (el derecho a la igualdad de trato, de oportunidades y de protección, y a la no discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica); 29 (debido proceso en actuaciones administrativas); 40 (derecho fundamental al ejercicio de las funciones públicas y al acceso para desempeñarse en los cargos públicos).

Paralelamente a la consagración constitucional de estos derechos existen disposiciones muy similares, tanto de contenido laboral como de índole civil y política, en tratados internacionales suscritos por Colombia, que tienen la particularidad de proclamarlos como derechos humanos, esto es, que les reconocen el plus más alto de protección por parte de la comunidad internacional. Tales instrumentos, por ser múltiples y variados, no serán especificados, pero enunciaremos algunos muy significativos: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948²; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Cul-

² En el artículo 23 se destacan una serie de derechos laborales. Su importancia, y la de otros instrumentos de su género, no radica en que uno o varios derechos laborales específicos estén allí

turales de 1966 (arts. 6 al 9); el protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San Salvador de 1988 (arts. 6 al 10) y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales adoptada en Bogotá en 1948³, entre muchos otros, entre los cuales cabe incluir los establecidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y que en su gran mayoría han sido suscritos por Colombia.

Desde el punto de vista legal y reglamentario podemos decir que las normas de la función pública tienen una clara preferencia por los intereses generales, que a la larga es el de la Administración pública, dejando en un segundo plano la protección que merecería el empleado frente a una decisión que tiene la relevancia de terminar su relación de trabajo. Basta simplemente con cotejar lo que disponen sobre este punto los decretos 2400 de 1968 (art. 26) y 1950 de 1973 (art. 107), así como la Ley 909 de 2004 (art. 41), por solo mencionar los más importantes.

Desde la perspectiva jurisprudencial, deben destacarse las diferencias entre la jurisprudencia constitucional y la administrativa en el tratamiento que dan a la situación jurídico-laboral del empleado que ha sido objeto de una declaratoria de insubsistencia.

Los resultados de la pesquisa permiten afirmar sin asomo de duda que el Consejo de Estado ha tenido una posición a este respecto completamente indiferente a los derechos laborales allí comprometidos y ha concentrado su discurso exclusivamente en las necesidades del servicio que persigue la Administración con actos como estos. Hay una clara simbiosis entre esta posición jurisprudencial administrativa y la legislación infraconstitucional ya descrita en parte, que se resume en afirmaciones como esta:

La facultad discrecional puede ser ejercida en cualquier momento sin necesidad de motivar el acto, que goza de la presunción legal de haberse expedido en aras del buen servicio público, concepto que comprende

consagrados sino en el reconocimiento que hace al trabajo como uno de los factores de justicia social y de dignificación de la persona humana.

³ Todo este instrumento es dedicado a las relaciones de trabajo.

diferentes criterios y políticas de la Administración Pública, es decir, que la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad no requiere nada diferente a la consideración subjetiva del nominador sobre la existencia de alguna razón de buen servicio. (Consejo de Estado, 2011b)

Por los lados de la Corte Constitucional las cosas son en parte diferentes, pues hay una línea de precedentes que al menos intenta fijar el alcance de los derechos laborales en el contexto de la actual Carta Política, y que ofrece pautas valiosas a la hora de examinar los sacrificios que pueden presentarse con decisiones como las de insubsistencia.

En efecto, algunos pronunciamientos claves de la Corte facilitan el entendimiento sobre la correlación que existe entre las normas constitucionales que se refieren al trabajo humano y que le atribuyen al mismo la triple naturaleza jurídica de valor, principio y derecho fundamental. Es así como, enmarcándolo dentro de la cláusula del Estado social de derecho, la Corte Constitucional (2009) ha dicho que

... el derecho al trabajo es un elemento esencial inspirador del Estado Social de Derecho, pues como lo establece la disposición constitucional, es una obligación y un derecho de todo ciudadano y por esto el Estado colombiano, en todos sus niveles, debe protegerlo y garantizarlo bajo condiciones dignas y justas. Para el efecto, la misma Constitución ha establecido unos principios garantes de este derecho. Sin embargo, estos no son los únicos principios que se deben tener en cuenta, ya que el trabajo comprende la garantía de otros derechos como la integridad tanto física como moral, el derecho a la igualdad, la intimidad, el buen nombre, y la libertad sexual, entre otros.

Y en otra oportunidad conjugó la mayor parte de la normativa relativa al trabajo para resaltar el valor y las obligaciones que este genera para los diferentes poderes públicos en procura de su protección:

La consagración del trabajo como uno de los elementos esenciales en los cuales se funda el Estado social de derecho, y el señalamiento de unos principios mínimos que deben ser observados, *no están establecidos en la Constitución Política como meros postulados sino que exigen de todas*

las ramas del poder público su observancia. En tal virtud, ante la existencia de controversias o conflictos laborales la Constitución debe ser interpretada y aplicada de suerte que los valores y principios que protegen y garantizan los derechos de los trabajadores tengan plena realización en procura de la dignidad de las personas. (Corte Constitucional, 2008)

Sobre la invocación de los intereses generales a la hora de restringir los derechos ciudadanos, la Corte Constitucional (2002) ha indicado que ello por sí mismo no representa un argumento que justifique tal sacrificio.

No debe pasarse por alto, sin embargo, que en materia de estabilidad laboral la Corte ha sido de la opinión de que no configura un derecho fundamental y, en principio, no forma parte del núcleo esencial del derecho al trabajo, a menos que por circunstancias especiales y dada su conexidad inescindible con un derecho fundamental y con otros principios, derechos y valores previstos en la Constitución, sea procedente la protección reforzada de determinados trabajadores. Y a la hora de confrontar tal derecho en el caso de los empleados que ocupan empleos de libre nombramiento y remoción, la posición de la Corte ha sido relativamente coincidente con la del Consejo de Estado, en el sentido de que ha avalado que los actos que declaren la insubsistencia de estos servidores pueden presentarse por necesidades del servicio y sin requerir motivación (Corte Constitucional, 2000), lo cual contrasta con la defensa radical que este alto tribunal ha hecho del debido proceso administrativo en relación con el retiro de otras clases de servidores, concretamente, los nombrados en provisionalidad (Corte Constitucional, 2010).

Teniendo presente los anteriores elementos, no resulta fácil definir para esta clase de asuntos un estándar de protección. Por el contrario, puede decirse que se está ante una situación dilemática, si se tiene en cuenta, por un lado, que se está ante una decisión administrativa que exige un alto grado de deferencia o de respeto a la posición de la Administración pública que la adopta, pues las normas legales citadas –no las constitucionales, valga aclarar– prevén que ella no solo tiene carácter discrecional, sino que puede realizarse por acto no motivado,

lo cual se acompaña con la presunción, también legal, de que la decisión ha sido expedida para procurar el interés público o satisfacer las necesidades del servicio; estimación que tiene un gran respaldo en la jurisprudencia administrativa colombiana y tímidamente en la jurisprudencia constitucional. No debe olvidarse, además, que la deferencia anotada se apoya en una apreciación, más o menos generalizada en nuestro medio, de la precariedad laboral que cobija al empleado que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción.

El estándar de protección que se corresponde con una función deferente por parte de los jueces hacia la Administración es conceptualizada por Sarmiento (2007, p. 358) como una protección “de menos”, que consiste en un desequilibrio de la legitimación de los tribunales para producir su juzgamiento, aumentando la exigencia argumentativa de estos.

Pero por otro lado se está ante la situación jurídica del empleado que tiene una relación de servicio con la Administración pública que al mismo tiempo es laboral, en razón de que ha prestado sus servicios a favor del Estado de manera subordinada a cambio de la remuneración correspondiente, y que por efectos de la decisión en comento sufre varias lesiones: en primer lugar, la afectación de su derecho a la estabilidad laboral⁴, por cuanto se termina la relación de trabajo que tenía con el Estado, no por razones imputables a su conducta o al desempeño de su cargo, sino por la discrecionalidad que se reconoce al nominador para gestionar los empleos de esta naturaleza; en segundo lugar, la frustración de la expectativa legítima de que a partir del desempeño de su labor puede lograr el sustento para él y para su familia, a demás de la garantía conexas de la seguridad social; en tercer lugar, la pérdida de la posibilidad de seguir ejerciendo el derecho político de ocupar cargos públicos; y en cuarto lugar, la vulneración del derecho civil y

⁴ Si bien, como ya se dijo, es precaria la estabilidad que se reconoce a los empleados que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, lo cierto es que esta no puede producirse por cualquier motivo, y menos por aquellos que son enunciados en el artículo 13 de la Carta Política. Lo contrario sería aceptar la arbitrariedad, proscrita en el ordenamiento colombiano, entre otros, en los artículos 6, 121 y 209 de la Constitución.

político a un debido proceso, en cuanto a la posibilidad de conocer las razones que han motivado la insubsistencia para tener la oportunidad de impugnar la decisión. Podrían enunciarse otros derechos afectados, pero estos son los más evidentes y relevantes, consagrados al mayor nivel en el texto constitucional y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como los ya mencionados.

Cuando se está ante varios derechos afectados, algunos de los cuales son fundamentales por expresa consagración constitucional, que así mismo tienen la connotación de derechos humanos, considerados a ese nivel por las más importantes declaraciones sobre los derechos humanos suscritas por Colombia, nos ubicamos en un estándar de protección “de más”, al que Sarmiento (2007, p. 359) le da el sentido de una mayor legitimidad por parte de los tribunales para intervenir intensamente la actividad administrativa.

¿Qué hacer en casos como estos en los que confluyen razones válidas para utilizar estándares de protección tanto de “de menos” como “de más”?

Una de las claves para dirimir esta disyuntiva se encuentra en la especificación que la Administración pública puede hacer del interés público que alienta su decisión en el caso concreto, en el sentido de exponer con la suficiente precisión cuáles son los elementos fácticos y jurídicos que presenta la situación particular que procura intervenir con su decisión, y cómo ella puede lograr satisfacer el interés general o las necesidades del servicio en tal caso. El mismo Sarmiento (2007) nos da algunas pautas para valorar esta carga administrativa y su relevancia dentro del juicio de proporcionalidad. Anota al respecto que una lesión de derechos reputados como fundamentales sin justificación alguna trae consigo una infracción del juicio de adecuación y les permite a los jueces intensificar el control sobre la actividad administrativa lesiva:

Ante la restricción de un derecho tan caracterizado y la falta de fines específicos, puede deducirse que no existe concordancia entre el medio y el fin y estaríamos ante una infracción del juicio de adecuación. Así, cuando la Administración no especifica sus fines y remite sus objetivos

(a través del silencio) a la cláusula del interés general, el juicio de adecuación se intensifica. Esta conclusión tiene su lógica, pues los derechos fundamentales no son otra cosa que el fundamento del orden político..., y su lesión no puede contrariar el interés general sin más. En un conflicto abstracto entre derechos fundamentales y el interés general, la fuerza normativa de la tabla de derechos cierra en banda cualquier medida que lesione los mismos. (pp. 382 y ss.)

Y esta conclusión tiene mucho sentido si se advierte lo problemática que resulta la cláusula del interés general, no solo porque no cuenta con una valoración jurídica precisa en nuestro ordenamiento jurídico, sino también porque se trata de un concepto jurídico indeterminado que no precisa suficientemente el ámbito de realidad que quiere cobijar (García de Enterría, 1993, p. 444); la indeterminación y vaguedad del mismo exigen una fijación concreta en cada caso para entender a qué se refiere, de modo que su utilización demanda una ineludible motivación previa. Es de señalar, además, que la doctrina del derecho público desde hace décadas ha demostrado el contenido siempre político que dicho concepto encierra, al punto que le niega una existencia ontológica por sí misma, en razón de que “no significa interés objetivamente perteneciente a la generalidad, sino en un número limitado de casos” (Giannini, 1991, p. 133); de ahí que “el dato esencial que determina cuándo un interés sectorial pasa a estar rodeado de la tutela pública no es otro que la misma norma jurídica” (Ortega, 1983, p. 21).

Si se tienen en cuenta estos presupuestos, a la vez que se advierte, pacíficamente, que en la Administración pública colombiana la inmensa mayoría de los actos administrativos que declaran insubsistencias de nombramientos de funcionarios en empleos de libre nombramiento y remoción no contienen motivación alguna que especifique los motivos y las finalidades por las cuales se expidieron, podríamos concluir que estamos ante situaciones anómalas que exigen por parte de los jueces estándares de protección “de más”, esto es, de control intenso de la actividad lesiva de los derechos que allí se comprometen. No compartimos la apreciación de Sarmiento (2007) cuando plantea que el estándar sea ese solo en los eventos en que se comprometan derechos fundamentales –y no es que no los haya en el caso que se analiza, como

ya se dijo—, sino que la motivación es la única posibilidad que tiene la Administración de demostrar que su acto está revestido de necesidad tanto por los hechos que le sirven de causa como por las finalidades que intenta satisfacer. Es además el único medio con el que se puede contrarrestar cualquier asomo de arbitrariedad en la actuación administrativa, pues los hechos determinantes de la decisión pueden ser fiscalizados, confrontados y avalados o revaluados de acuerdo con las pruebas que se acrediten en los respectivos procesos judiciales.

b. La asignación del peso. A cada uno de los principios o derechos que están comprometidos y que entran en conflicto al adoptar una decisión de insubsistencia se asigna un peso. Para ello deben necesariamente tenerse en cuenta las preferencias axiológicas que refleja el ordenamiento jurídico, ante todo en su orden constitucional. Con ese objetivo debe indicarse que Colombia adoptó un modelo predominantemente de Estado constitucional de derecho, el cual supone un cambio de paradigma con respecto a los Estados de derecho, que se verifica a partir de la concurrencia de varios factores, que han sido resaltados por la teoría y la dogmática que han abordado dicho modelo (Guastini, 2010, pp. 49 a 58): i) la caracterización de las constituciones como cartas de derechos, de principios y de valores que inciden en la interpretación y aplicación de todas las restantes normas del sistema jurídico; ii) la permanente apelación de dichos textos a referentes normativos sustanciales que se reconocen por su indeterminación, generalidad, vaguedad o textura abierta, como es el caso de los principios; iii) referentes estos que al tener rango constitucional o equivalente descartan una jerarquía absoluta entre ellos; iv) lo cual implica la inevitabilidad de los conflictos o, mejor, de tensiones constitucionales entre principios, entre valores, entre derechos o entre unos y otros; v) que para solucionar tales tensiones plantea la necesidad de utilizar la ponderación como mecanismo que permite establecer los grados de precedencia entre unos y otros, atendiendo a las particularidades de los casos concretos, y vi) cuya aplicación es del resorte fundamentalmente judicial.

La complejidad de un orden constitucional con estas características genera la idea de un marco axiológico en el que resulta problemática una jerarquización *a priori* y absoluta de las normas que en ese nivel con-

sagran valores, principios y derechos; aunque se pueden sí justificar ciertas preferencias –que en todo caso no descartan la posibilidad de su desplazamiento en los casos concretos–, como por ejemplo, aquella que se refiere a los derechos fundamentales, lo cual no solo obedece a motivos imputables al modelo constitucional, sino también a la expresa referencia que la Carta hace de los mismos para diferentes efectos, como los que conciernen a su regulación por medio de ley estatutaria, a su garantía de no suspensión durante los estados de excepción y a su protección judicial a través de la acción de tutela.

La asignación del peso en un ambiente como el descrito no puede ser sino preliminar –*prima facie* lo denomina Alexy (2008, p. 81)–, de modo que atendiendo a las circunstancias del caso concreto y a los elementos ya explicados pueda definirse la prevalencia definitiva que tendrían los derechos y/o principios enfrentados. Ahora bien, ese peso está fuertemente condicionado por el contexto jurídico, al que ya se aludió, el cual no solo da pautas para establecer el estándar de protección sino también para determinar el grado de importancia de los extremos en conflicto. No se trata, por supuesto, de calcular la importancia por el número de normas que los consagran, sino, más bien, de fijar el alcance que integralmente les da el ordenamiento jurídico, el cual se considera ya vislumbrado en mayor o menor medida con el contexto jurídico citado y a lo que solo se agregarían los siguientes planteamientos:

El primero de ellos, que el interés general es un concepto inicialmente vacío que solo puede expresar una fórmula general que exige precisión y justificación en cada caso concreto (Blanquer, 1998, p. 190). Por sí mismo no puede ser objeto de prevalencia cuando enfrenta derechos subjetivos con contenido concreto, y mucho menos cuando tales derechos tienen un reconocimiento constitucional. Sin duda, habría que aceptar que la Carta Política de Colombia propende por el interés general sobre los intereses particulares, pero siempre y cuando ese interés general *exista*, sea *expreso* y *justificado* debidamente por la Administración en los eventos en que pretenda aplicarlo; un argumento como ese plantea entonces la premisa de la inadmisibilidad de la simple invocación de ese tipo de intereses para ejercer potestades que tienen un contenido lesivo para los derechos laborales de los servido-

res públicos, lo que traslada a la Administración una especie de carga justificativa y probatoria al respecto.

Como se ha visto ya, los actos de declaratoria de insubsistencia de nombramientos ordinarios son repetidamente inmotivados –es más, se avalan como tales– en la función pública colombiana y en ellos no se cumpliría esta condición; lo cual permite pensar razonablemente que la Administración no puede activar su potestad para afectar el derecho a la estabilidad, salvo que se acepte que el modelo de Estado constitucional y democrático de derecho adoptado contempla esta como una excepción a la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos y a la legalidad de su actuación.

El segundo planteamiento tiene que ver con que la estabilidad laboral está consagrada como un principio mínimo fundamental en la Constitución Política y debe repararse en su calidad de “derecho subjetivo”, que si bien tiene diversos tratamientos –unos especiales, como el que se otorga a la maternidad, al fuero sindical y a la carrera administrativa–, otorga una garantía para pretender que algo sea respetado (Chinchilla Herrera, s. f., p. 27) por quien cumple el papel de empleador, y que tendría como contenido básico el derecho a permanecer en el empleo mientras no exista una justa causa que lo desvirtúe, que normalmente tiene relación con la conducta y eficiencia del empleado (Guerrero Figueroa, 2013, p. 79), pero que en el ámbito público se adicionaría con la presencia de un interés general o una necesidad del servicio *expresa, necesaria y justificada* por parte del Estado.

Se enfatiza en el hecho de que el interés público o las razones del buen servicio deben ser expresas, necesarios y justificados para constituirse en una justa causa de terminación de la relación laboral –en nuestro caso, mediante la declaratoria de insubsistencia– porque el derecho a la estabilidad laboral se encuentra inmerso en un marco de protección jurídica, que ha alcanzado niveles de reforzamiento constitucional e internacional importantes, lo cual no puede pasar inadvertido para los operadores jurídicos judiciales. Las normas constitucionales son expresas al consagrar este derecho sin distinción alguna en cuanto al ámbito de aplicación –público y privado– y en cuanto a la modalidad

de relación laboral, pues todas son protegidas, según lo establece el artículo 25 de la Carta (Orjuela Góngora, 2006, p. 124). A lo que cabe agregar su reconocimiento internacional como derecho humano (Gómez Zuluaga, 2006, pp. 102-119).

Con esto no se plantea que los derechos laborales sean todos derechos humanos. Tal argumento no ha sido ajeno al debate doctrinal; mucho más cuando desde hace más de una década la OIT (2012) ha intentado decantar cuáles de ellos tiene efectivamente un carácter fundamental. Sin embargo, al margen de esta polémica, como lo señala Canessa Montejo (s. f.),

la inclusión de los derechos laborales en los instrumentos internacionales de los derechos humanos supuso colocar a este selecto grupo de derechos en la cúspide del ordenamiento internacional, con obligaciones vinculantes para los Estados y sometidos a procedimientos de control internacional. (p. 144).

Y ello mismo puede ser estimado como argumento normativo a favor del mayor peso de los principios y derechos de contenido laboral en una relación como la que estamos analizando, mucho más cuando existe evidencia de que la Corte Constitucional colombiana ha realizado una labor sistemática e indeclinable de integración de las normas internacionales sobre derechos humanos a los debates sobre protección de derechos fundamentales, siguiendo de cerca los desarrollos jurisprudenciales y doctrinales de los organismos internacionales especializados en dichos temas (Insignares Cera & Molinares Hassan, 2011, p. 217)⁵.

En consecuencia, se parte de la base de que la consagración del trabajo como derecho humano, que tiene un desarrollo normativo importante al nivel de las normas internacionales del trabajo, otorga al derecho a

⁵ En este punto es bueno resaltar que Alexy (2008, p. 82) emplea los conceptos del “carácter *prima facie*” de los principios y de los principios como “razones para normas” a efectos de ser utilizados dentro de la fórmula del peso, propiamente en aquel punto que responde a la pregunta por el grado de importancia de los principios en colisión y por el peso abstracto que representan (Bernal Pulido, 2009, pp. 39-40).

la estabilidad un peso especial en esta relación y que, como lo señala Alexy (2008) con respecto al principio de la dignidad humana –de la cual tampoco se desmarca el trabajo–, si bien su precedencia frente a todo los demás principios, en determinadas condiciones, no confiere a este principio un carácter absoluto, sí existirían “muy pocas razones jurídico-constitucionales que en ciertas condiciones invaliden la relación de precedencia...” (p. 89) a favor de la misma.

Siendo así, no es absurdo proponer que en esa relación de extremos en los que se encuentra el interés general o las necesidades del servicio alegados por la Administración pugnando con un derecho como el de la estabilidad laboral del empleado público que no tiene derechos de carrera, el contexto jurídico que protege a este último le otorga un mayor peso abstracto, y solo ante mejores razones y argumentos, verificables en el caso concreto, puede decirse que debe ceder ante aquel.

c. *La proporcionalidad de la insubsistencia discrecional.* En este caso se trata de determinar la proporción entre el sacrificio del derecho subjetivo y los beneficios de la consecución del interés general en el caso concreto, de modo que pueda establecerse la máxima alexiana de cuanto mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento de su contrario (Alexy, 2009, p. 103).

Para dilucidar este punto hay dos variables relevantes que podrían determinar respuestas diferentes. La primera variable pone de presente la terminación de la relación laboral mediante un acto administrativo inmotivado, en el que la Administración pública simplemente invoca el interés general o las razones del buen servicio pero no precisa ni justifica, como tampoco prueba, en qué consisten tales razones y cómo imponen ellas el sacrificio de este derecho laboral. En tal caso, incluso desde el mismo juicio de adecuación, ya comentado, se verificaría una desproporción, por aquello de que “cualquier cosa” puede terminar siendo de interés general y fácilmente por ese medio se haría nugatorio todo derecho siempre que la Administración lo invoque con una indeterminación tal que lo termine alejando de la realidad concreta que exige aplicarlo. No se puede perder de vista que este es el caso de la inmensa mayoría de los actos de esta especie que se dictan en la fun-

ción pública colombiana, lo que permitiría estimarlos de entrada como desproporcionados e inadmisibles en un modelo constitucional como el que proclama la Carta de 1991.

La segunda variable consistiría en la declaratoria de insubsistencia mediante acto motivado, esto es, un acto que contiene los motivos o las razones fácticas y jurídicas, además de su valoración administrativa, por las cuales se hace indispensable poner en situación de retiro del servicio al empleado público. En dicho caso ya hay una carga cumplida por la Administración al hacer el esfuerzo de precisar para el caso concreto de ese empleado, en un momento dado, cuáles son las razones del servicio que fuerzan su retiro. El hecho mismo de que tales razones sean fiscalizables desde la perspectiva judicial y desde la propia del empleado hacen presumir, salvo casos de notoria desproporción, que hay un interés general de por medio y es de la carga del empleado desvirtuarlo.

Una fiscalización –como la judicial– puede confirmar el interés general implícito en tal decisión, porque resulten veraces las afirmaciones en relación con la afectación del servicio por motivos de comportamiento o de ineficiencia: como cuando existe una ausencia laboral recurrente al lugar de trabajo, o no se cumplen las metas previstas para el empleo de acuerdo con objetivos previamente acordados, o cuando es sistemática la mala atención a los usuarios y ello se sustenta en quejas y reclamaciones pertinentes, entre otras posibilidades. Pero también puede corroborarse que las razones aducidas por la Administración no son ciertas o son parcialmente ciertas (ello supone falsa motivación) o meramente formales (porque ciertamente algo se dice pero es tan genérico que equivale a la no motivación); o porque siendo cierta la razón expuesta se puede comprobar que es ilícita, como cuando está sustentada en criterios prohibidos por la Constitución o la ley, como es el caso de las discriminaciones por razones políticas, de sexo, religión, condición social, discapacidad o cualquier otra que pueda enmarcarse en la enunciación del artículo 13 de la Carta Política.

Si se observa bien, termina siendo clave para la satisfacción del principio de proporcionalidad que impone el modelo de Estado constitu-

cional de derecho que los actos administrativos de insubsistencia que tienen carácter discrecional se motiven adecuadamente, pues solo mediante la revelación las causas y las finalidades que los justifican se pueden garantizar los controles de legalidad y proporcionalidad en cada caso. Esta quizás sea la clave también para que en un modelo de Estado constitucional de derecho como el que se proclama en nuestra Carta Política cobren legitimidad las tradicionales presunciones de legalidad y de interés general y para que el juez administrativo asuma en serio la aplicación del principio de proporcionalidad en las causas laborales que proponen los empleados públicos.

CONCLUSIONES

La función pública es un ámbito de auténticas relaciones de trabajo al que concurren con posibilidad de ser aplicadas tanto las fuentes e instituciones del derecho administrativo como las propias del derecho laboral. Esto la convierte en un escenario conflictivo, en el que necesariamente los operadores jurídicos deben determinar la prevalencia de unas sobre otras.

Durante el período 2006 a 2011 se observó una tendencia notoria en la jurisdicción contencioso administrativa colombiana (juez de las causas laborales de los empleados públicos) a dar prevalencia a las instituciones del derecho administrativo, en especial tratándose de la aplicación de las presunciones de legalidad de los actos administrativos y de la consecuente satisfacción del interés general por parte de la Administración, sin que para ello se haya basado en metodologías adecuadas para sopesar los intereses en conflicto.

La utilización de las presunciones anotadas por parte de dicha jurisdicción, además de respaldar la situación jurídica de Estado-empleador, tuvo consecuencias desfavorables para el empleado; atemperándose de ese modo el mandato de protección al trabajo como derecho fundamental y como derecho humano.

La aplicación del principio de proporcionalidad en aquellos eventos en los que la Administración pública hace uso de facultades discrecionales

les que afectan derechos laborales de los empleados, como el caso de las insubsistencias, supondría problemas estructurales de la función pública colombiana en relación con la vigencia de los principios de contenido social proclamados por la Carta Política de 1991.

Tomar en serio el modelo de Estado constitucional de derecho en el campo específico de la función pública colombiana implica atenuar el carácter absoluto que implícitamente la jurisprudencia administrativa ha venido reconociendo al postulado de la prevalencia de los intereses generales sobre los particulares, y adoptar como referente de juzgamiento de las causas laborales, al menos con el mismo nivel de importancia, las garantías básicas de protección al trabajo contenidas en el artículo 53 de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2008). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2009). *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- Alonso Más, M. (1998). *La Solución Justa en las Resoluciones Administrativas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bernal Pulido, C. (2009). *Neoconstitucionalismo y la normatividad en el derecho*. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- Blanquer, D. (1998). *Introducción al derecho administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Canessa Montejó, M. (s. f.). Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*.
- Carta Política de Colombia(1991).
- Chinchilla Herrera, T. (s. f.). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá, D. C.: Temis.
- Congreso de Colombia (1998). Ley 489.
- Congreso de Colombia (2004). Ley 909.

- Congreso de Colombia (2011). Ley 1437. *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*.
- Consejo de Estado (Sección Segunda, marzo de 2007a).
- Consejo de Estado (Sección Segunda, 2007b).
- Consejo de Estado (Sección Segunda, 10 de febrero de 2010).
- Consejo de Estado (Sección Segunda, 7 de julio de 2011a).
- Consejo de Estado (Sección Segunda, 22 de septiembre de 2011b).
- Consejo de Estado (Sección Segunda, diciembre de 2011b).
- Corte Constitucional, C-475 (1997).
- Corte Constitucional, SU-250 (1998).
- Corte Constitucional, T-355 (2000).
- Corte Constitucional, C-734 (2000).
- Corte Constitucional, C-251 (2002).
- Corte Constitucional, T-1156 (2004).
- Corte Constitucional, C484 (2008).
- Corte Constitucional, T-881 (2009).
- Corte Constitucional, SU-917 (2010).
- Da Silva, V. A. (2011). Principios y reglas: mitos y equívocos acerca de una distinción. En G. Beade & L. Clérico (Eds.), *Desafíos a la ponderación* (pp. 115-155). Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- De Laubadere, A. (1984). *Manual de derecho administrativo*. Bogotá, D. C.: Temis.
- García de Enterría, E. (1993). *Curso de derecho administrativo*, vol. 1. Madrid: Civitas.
- Giannini, M. S. (1991). *Derecho administrativo*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas.
- Gómez Zuluaga, A. L. (2006). La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales nacionales. En M. Silva Romero, *Derribando obstáculos al derecho laboral*. Bogotá, D. C.: Buena Semilla.
- Gordillo, A. (2011). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas* (t. 3: El acto administrativo). Buenos Aires: F.D.A.

- Guastini, R. (2010). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell, *El canon constitucional*. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.
- Guerrero Figueroa, G. (2013). *Principios fundamentales del derecho del trabajo*. Bogotá, D. C.: Leyer.
- Insignares Cera, S. & Molinares Hassan, V. (2011). La Dignidad Humana: incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la Corte Constitucional Colombiana. *Revista de Derecho* (Universidad del Norte), 36, 184-221.
- OIT (2012). Conferencia Internacional del Trabajo 101.
- Orjuela Góngora, C. A. (2006, diciembre). Los principios constitucionales laborales y su aplicación en el derecho administrativo laboral. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 333, 113-140.
- Ortega, L. (1983). *Los Derechos Sindicales de los Funcionarios Público*. Madrid: Tecnos.
- Sarmiento, D. (2007). *El principio de proporcionalidad*. Bogotá, D. C.: Universidad Externado de Colombia.