

TITULO DE LA PONENCIA¹:
**ALCANCE DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN LA LEY 1437 DE
2011 Y SUS IMPLICACIONES EN LA PRÁCTICA JUDICIAL.**

Autores:²
Angie Geraldine Herrera Rojas
Henry Mauricio Reyes Garcés
Carlos Hernando Sanjuan

RESUMEN

A raíz de la expedición del nuevo código administrativo y contencioso administrativo, el orden jurídico colombiano inicia su camino hacia una evolución en su sistema de fuentes normativas. Esto con miras a desarrollar preceptos constitucionales tradicionalmente vulnerados, tales como; la seguridad jurídica y el acceso a la justicia. En ese contexto se construye la figura del precedente administrativo. El presente proyecto busca delimitar los alcances conceptuales de dicha figura, estudiando la armonía normativa devenida del texto legal y la interpretación hecha por las altas cortes, en especial luego de los anexos hechos por la corte constitucional a través de su papel como legislador suplente y precario, para así llegar a los efectos jurídicos que tendrá dicha figura en la realidad y en especial en los casos para los cuales fue desarrollada

ABSTRACT

As a consequence of the issuance of the new administrative code and administrative law, the Colombian legal

system begins its path to evolution in its system of legal sources. This in order to develop traditionally violated constitutional provisions, such as: legal certainty and access to justice. In this context, the figure is constructed of administrative precedent. This project seeks for defining the scope of this conceptual figure, studying harmony turned-regulation of the legal text and the interpretation given by the higher courts, especially after the annexes made by the Constitutional Court through its role as legislator and precarious substitute in order to reach the legal effect will this figure in reality and especially in cases for which it was developed.

Palabras claves: Precedent, new administrative code and administrative law.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación es de carácter descriptiva, por tanto estará encaminada a analizar de la manera más amplia posible la figura del precedente administrativo y todas sus implicaciones en la práctica judicial y sus indiscutibles incidencias en el plano social.

1 Alcance del precedente jurisprudencial artículo 10 de la ley 1437 de 2011 y sus implicaciones en la practica judicial.

2 Estudiantes de la escuela de derecho y ciencia política, Universidad Industrial de Santander.

Lo anterior en virtud del papel fundamental del precedente en nuestro sistema de fuentes y todo lo que se desprende de la aplicación de las mismas y con ello nos referimos entre otros aspectos a la seguridad jurídica y a la confianza depositada por todos los administrados en la administración de justicia.

JUSTIFICACIÓN

Esta investigación busca ser un análisis que de cuenta de la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y el tratamiento esperado por los usuarios al acceder a la administración de justicia, reflejado a través de la aplicación de precedente jurisprudencial. Con base en lo anterior dicho estudio no es más que un intento por llamar la atención de los factores que inciden en la práctica judicial y de las consecuencias que lo mismo acarrea, puesto que no resulta ser lo mismo una solución dada por el consejo de estado conforme a lo que han venido fallando desde hace varios años y la solución encontrada respecto del mismo asunto por el juez constitucional por vía de tutela. Así mismo es de subrayar la importancia de la figura del precedente administrativo del artículo 10 de la ley 1437 del 2011 y la interpretación que la corte constitucional le ha dado, en virtud de la cual se generan nuevos inconvenientes y nuevos obstáculos en la vía que busca la seguridad jurídica, puesto que conforme a la interpretación constitucional mediante la sentencia C 634 del 2011 se debe tener en cuenta de manera preferente el precedente constitucional las autoridades administrativas siguen aplicando los dispuesto por el consejo de estado y se vislumbra aun más el conflicto desde la interpretación dada al artículo 102 sobre la *extensión de la jurisprudencia del*

consejo de estado a terceros por parte de las autoridades y la interpretación dada por la corte constitucional mediante la sentencia C-816 del 2011.

METODOLOGÍA.

Nuestra investigación se circunscribió alrededor del enfoque descriptivo pues buscó encontrar la naturaleza jurídica de la institución de la jurisprudencia administrativa y sus efectos tanto en la realidad judicial como en las litis del administrado.

Para tal efecto establecimos los siguientes pasos:

- 1) Exploración de fuentes primarias:
Este paso tuvo como fin encontrar los alcances conceptuales de dicha figura y el motivo que llevó a desarrollarla.
 - Libro de memorias: Seminario de presentación del nuevo código de procedimiento administrativo y contencioso administrativo.
 - Ley 1437 de 2011: código de procedimiento administrativo y contencioso administrativo.
 - Decreto 1 de 1984: Código contencioso administrativo.
 - Nicho jurisprudencial: Sentencias C-539-2011, C- 634-2011 y la C-816-2011.

A raíz de la exploración de estas fuentes, encontramos diversas incongruencias conceptuales en la construcción de la figura del precedente administrativo; entre la idea inicial que tenía el consejo de estado para dicha figura y la reconstrucción e interpretación hecha por la corte constitucional.

- 2) Establecimos el segundo paso como la delimitación de un estudio de caso hecho en tres niveles. Los casos fueron seleccionados en relación al nivel de inseguridad jurídica que causan, lo cual se mide con dos criterios; primero por la cantidad de interpretaciones hechas de una figura jurídica cualquiera. Y Segundo por la cantidad de casos que surgen en relación a esa clase de litis y llegan a las altas cortes. Los dos niveles de estudio que planteamos fueron:
- a) Qué solución se le da a dichos casos en el nivel de las altas cortes, cuando hay opiniones jurídicas diversas generando choques de trenes.
 - b) En los jueces y operadores administrativos de inferior categoría que hacen aplicación de la norma, qué aplicación dan de ésta según las posiciones sentadas por las altas cortes y qué efectos tiene lo anterior para los administrados.

Para este paso se hizo un paneo de diversos casos problema trabajados por la doctrina y ampliamente conocidos. Entre los cuales seleccionamos *dos choques de trenes* que por la cantidad de casos que surgen y la diversidad de opiniones jurídicas existentes, cumplieron los requisitos establecidos y nos significaron como una grave afectación a la seguridad jurídica y al acceso a la administración de justicia. Estos casos son:

- Choque en relación a la posición sobre: la teoría de los motivos y finalidades sobre la procedencia del contencioso de anulación.
- Choque en relación a la posición sobre: La necesidad de motivación de los actos de desvinculación de servidores públicos en provisionalidad.

- 3) Como último paso metodológico; establecimos un paralelo entre la nueva figura del precedente administrativo con los casos planteados para determinar si dicha figura da solución a los tres niveles de estudio establecidos.

RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN

Al analizar la naturaleza del nuevo código contencioso administrativo nos encontramos con una estructura netamente constitucional. Desde el primer artículo vemos el desarrollo de principios de orden superior, junto a la positivización de años de jurisprudencia sentada por las altas cortes; que versa sobre la verdadera naturaleza de esta especie de la doctrina jurídica. Al usar expresiones tales como: “derechos y libertades de las personas”, “la primacía de los intereses generales” “el cumplimiento de los fines estatales”³, No está haciendo cosa distinta que darle viva voz a la Carta política del 91.

Con base en esta naturaleza, y buscando su desarrollo, es que surge esta institución jurídica; La vinculación de las autoridades administrativas a la jurisprudencia, en especial si esta desarrolla principios constitucionales. Figura que no es una innovación, pues la misma se abduce de una lectura juiciosa de la carta máxima, sin embargo el pensamiento vetusto de los operadores jurídicos retrasó la vida de ésta e hizo necesario su construcción legal. Por su

³ Artículo 1°. *Finalidad de la parte primera.* Las normas de esta Parte Primera tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares.

puesto, la vinculación de la administración a las decisiones judiciales es desarrollo de derechos fundamentales, tales como: el proceso debido y la igualdad. Pero es a su vez una herramienta eficaz para evitar fenómenos negativos en el desarrollo de los fines del estado; la inseguridad jurídica; el actuar antijurídico de las autoridades; y la congestión judicial que imposibilita el real acceso de los administrados al aparato de justicia. Si observamos de cerca estos fenómenos, vemos como se relacionan de forma consecuencial; La inseguridad jurídica originada en la falta de certeza al aplicar las normas jurídicas y a su vez en la incorrecta interpretación de éstas; ésta se genera a raíz de los conflictos entre altas cortes, a su vez dicha inseguridad genera un actuar antijurídico por parte de las autoridades administrativas al resolver cualquier clase de conflicto; cosa que concluye en una cantidad enorme de procesos litigiosos frente al juez administrativo, qué es en últimas el encargado de verificar la legalidad de la actuación. Se ve entonces un problema de orden estructural al cual se veía enfrentada la administración y qué se trata de resolver con la figura de la jurisprudencia administrativa. Sin embargo y a raíz de la interpretación hecha por la corte constitucional del artículo 10 en unidad normativa con los artículos 102, 269 y 270 del nuevo código nos surgen tres preguntas; ¿Cómo se manejan hoy en día los conflictos dogmáticos entre las altas cortes?; ¿Qué efectos tienen estos para los funcionarios de baja jerarquía y los administrados? Y ¿Se ven estos solucionados a raíz de la expedición del nuevo código, y su interpretación “constitucional”?

Con este propósito tomaremos dos casos en los cuales el choque de trenes

ha creado esta inseguridad jurídica, y sus subsecuentes problemas: El primero de ellos el choque que se da en relación a la posición sobre la teoría de los motivos y finalidades o la procedencia del contencioso de anulación; El segundo, la discusión que gira sobre la necesidad de motivación de los actos de desvinculación de servidores públicos en provisionalidad.

ANALISIS DE LA FIGURA DEL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO A PARTIR DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

Tenemos clara la naturaleza de esta figura jurídica y la razón por la cual se busca reconstruirla en nuestro ordenamiento jurídico, pues es esta figura un rezago del recurso extraordinario de suplica y del recurso de anulación, ambos retirados del ordenamiento jurídico por generar congestión judicial, en vez de solucionarla. Así esta figura busca lograr precisamente ello, la descongestión de la jurisdicción contenciosa y un verdadero desarrollo del derecho al acceso a la administración de justicia.

Nos remitimos entonces a la ley 1437 y observamos como dicha figura esta estructurada a partir de los artículos 10, 102, 269 y ss. Sin embargo cada uno de dichos artículos a pesar de trabajar la misma figura jurídica, desarrollan funciones distintas en la armonía de ésta maquinaria. El primero es el deber general y oficioso, es decir el artículo 10. El cual se desarrolla a través de acciones que podrán aplicar los administrados para someter a la administración a la ley, la segunda de ellas, un trámite administrativo contenido en el artículo 102 y un proceso de revisión judicial contenido en el artículo 269 y ss la idea de esta figura sin duda es, que

primero el administrado no tenga que pedir que se apliquen los precedentes sentados por el concejo de estado. Segundo, en caso de que no lo hagan, tenga éste una herramienta jurídica eficaz para coaccionarlos. Y tercero, si el ente administrativo considera errada la petición por parte del administrado, dicho conflicto se resuelva con un tercero objetivo, un juez en sede administrativa.

Sin embargo dicha figura ha sido modificada por dos fallos de la corte constitucional, los cuales son: sentencia C 634 del 2011 y C- 816-2011 fallos de los cuales podemos decir nos llevan a un nuevo problema y es que si bien es cierto estos pronunciamientos lo que hacen es reiterar la prevalencia del precedente constitucional también redireccionan los medios creados por la ley 1437 del 2011 para desarrollar la figura del artículo 10 creando con ello un vaivén en el ejercicio de la administración y a su vez reforzando la inseguridad jurídica tan anhelada de ser suprimida. Así, tenemos que si la autoridad administrativa no aplica el precedente constitucional no le queda otra alternativa al administrado que acudir al artículo 102, y es allí donde nos encontraremos con las consecuencias del segundo fallo, que si bien nos reitera la prevalencia del precedente constitucional solo nos da la oportunidad de extender los efectos de las sentencias del consejo de estado, esto bajo una interpretación comparativa de los dos pronunciamientos de la corte constitucional, lo que nos lleva a suspendernos a los resultados de la practica administrativa bajo la vigencia del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo y por supuesto de lo acatado y desarrollado por las autoridades administrativas.

PRIMER CASO: DIVERGENCIA SOBRE LA PROCEDENCIA EN EL CONTENCIOSO DE ANULACIÓN.

Para iniciar tenemos que tener en cuenta que el análisis de la figura legal que desarrolla la corte a quedado perceptiblemente superada con la expedición de la ley 1437, que remplaza la figura jurídica del contencioso de anulación antes contenida en los artículos 84 y 85 del viejo código por los artículos 135 y 137. Sin embargo es vital para dar solución a las preguntas previamente planteadas hacer un estudio casuístico de los debates dogmaticos dados en el seno de las cortes. De allí la importancia que cobra dar el análisis de la dialéctica que surge alrededor del contencioso de anulación para el peso argumentativo de ésta investigación. El segundo motivo que nos mueve a hacer el análisis del fallo de la corte constitucional; es que si bien el desarrollo legal de la figura es distinto, la construcción principialistica de esta es semejante, y por tanto los argumentos que planeta la corte alrededor de la figura siguen vigentes, es decir la naturaleza constitucional de la figura.

En inicio se entrará a analizar qué es el contencioso de anulación para interpretar la divergencia que surge en el seno de los órganos de cierre jurisdiccionales. Esta es una Institución de carácter público que constituye una verdadera garantía para los ciudadanos; de asegurar que los actos de la Administración se adecuen a las normas jurídicas preexistentes. Con lo cual se propende por la defensa de la legalidad en abstracto y de los derechos e intereses legítimos de los particulares. En ese orden de ideas son las nulidades administrativas parte vital de la gama de controles políticos y jurídicos que

desarrollan el principio de Legalidad, pilar estructural del estado de derecho; éstas evitan que la administración se salga del cauce legal que se la ha designado y le permite a los particulares resarcir cualquier clase de daño que le haya causado la Administración con su actuar. La divergencia dogmática surge a raíz de la diferente apreciación que hacen las dos altas cortes sobre el contencioso de anulación. Y en especial el debate que nace a raíz de la sentencia C- 426-02 donde la corte ataca una posición jurisprudencial de amplio desarrollo, adoptada por el concejo de estado. Dicha sentencia decide la demanda de inexequibilidad presentada sobre la interpretación que hace el Consejo de Estado del art 85⁴.

Sin embargo para estudiar los elementos de la figura jurídica que saca del ordenamiento la corte lo inicial es determinar cuál es el estado del arte; es decir, cuál es la doctrina que sentó el concejo de estado alrededor del contencioso de anulación. La cual fue estructurada a través de varios fallos históricos donde el concejo de estado sienta una línea jurisprudencial muy divergente. De la teoría de los motivos y finalidades expuesta por el Consejo de Estado, y admite como *motivos* para el uso del Contencioso de anulación

4 ARTICULO 85. ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> <Ver Notas del Editor> <Subrogado por el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pago indebidamente.

abstracto tres casos en específico. Primero, Cuando se interponga contra actos de contenido general. Segundo procederá contra actos de contenido particular, Cuando la ley lo consagre expresamente. Finalmente, si es un acto de carácter particular del cual la ley no permite el uso de la nulidad simple, procederá ésta cuando el acto ponga entredicho la estabilidad económica, jurídica o social del estado. Así la única *finalidad* que puede buscar el contencioso de anulación simple -expresa o tácitamente-, es someter a la administración a la legalidad en abstracto. En contra parte el Contencioso de anulación concreto solo admite como *motivo* para ser usado; La protección de una situación jurídica concreta amparada en una norma de orden superior a la demandada. Y como *finalidad*; el restablecimiento del derecho y la indemnización a que se diere lugar. Dicha interpretación es la que analiza la corte constitucional en la sentencia C-426-02 en su núcleo argumentativo partiendo de un juicioso análisis de los principios fundamentales que desarrolla el contencioso de anulación, consecuente con esto la naturaleza jurídica de dicha institución esbozándonos la razón por la cual la interpretación que hace el concejo de estado, no desarrolla la constitución política.

La construcción principia listica que hace la corte constitucional alrededor de la figura del contencioso de anulación, encuentra su fundamento en el numeral 2° del artículo 237 Superior, Siendo ésta una salvaguarda del principio de legalidad. Es decir; asegura la vigencia de la jerarquía normativa y la integridad del orden jurídico para este efecto consagra como efecto coaccional la declaratoria

de invalidez del acto, que se legitima según el interés que se trata de proteger, además del interés común -actos de contenido general y abstracto-, un interés individual y subjetivo -actos de contenido particular-. De aquí que su construcción normativa tiene que tener de presente el fin que persigue el acto; esto para hallar las formalidades propias a su naturaleza para así armonizar y racionalizar el ejercicio de tales prerrogativas. De no hacerlo dichas normas procedimentales pueden convertirse en requisitos inalcanzables degenerando en el desconocimiento de valores superiores como la igualdad de trato, la libertad y el debido proceso. Con base en estos argumentos la corte delimita el alcance de las dos formas del contencioso de anulación de una forma amplia; esto con fundamento en la naturaleza pública de la acción y en la finalidad que busca el actor al interponerla. No le pone cargas al administrado pues no exige que la procedencia de ésta se halle en la ley o en una afectación al orden público o jurídico. Solucionando así casos en los cuales el administrado se encuentre frente a una situación antijurídica en la cual se vean solo afectados sus derechos y no quiera una restitución patrimonial, sino la simple nulidad del acto por ilegalidad.

Vemos entonces la posición planteada por la corte constitucional en relación con la teoría de los motivos y finalidades, a continuación se analizará de forma juiciosa la posición que toma el concejo de estado frente a éste para determinar los puntos de divergencia y poder llegar a una conclusión alrededor de las preguntas planteadas al inicio de la investigación. nos disponemos a indicar la forma en que este último desarrolla su posición mediante la abstracción de una serie de consecuencias perjudiciales

para el sistema legal de interpretarse el problema en discusión de la forma como lo hace el máximo tribunal Constitucional.

Para facilitar la interiorización de la posición del Consejo de Estado es conveniente dividir su posición en varias partes, donde se trate la forma como se debe entender el control constitucional en un Estado Constitucional como el colombiano; una concreción de los conceptos de los dos tipos de nulidades que nos interesan y finalmente la centralización del problema y un análisis de las consecuencias que se derivan de la interpretación que la Corte Constitucional hace de las mencionada figuras jurídicas.

El desarrollo de las ideas constitucionales garantizar el máximo logro de la revolución francesa, es decir, el sometimiento de la autoridad a la ley, uno de los principios que se deben seguir con mayor rigurosidad es el del principio de legalidad. De esta premisa básica que la función legislativa se somete a la Constitución pues esta es la máxima representación del consenso de la sociedad se desprende la necesidad de mecanismos que permitan que efectivamente la ley se adecue formal y sustancialmente a la carta política. De acuerdo con esto el Consejo de Estado señala que el Estado colombiano desarrolla un Control de constitucionalidad difuso, donde la ley se analiza tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. El Consejo de Estado también deja claro que esa competencia no es exclusiva del tribunal constitucional, indicando que a excepción de los casos señalados expresamente por la constitución,

los demás decretos expedidos por el gobierno nacional el control lo realiza el máximo tribunal administrativo. El Consejo de Estado también señala que a partir del nuevo paradigma constitucional que se institucionaliza con la carta de 1991 además de esas antiguas competencias constitucionales que ya poseía, se adquieren nuevas funciones de este tipo como la interpretación que hace el juez administrativo sobre normas constitucionales en los casos de acciones de pérdida de investidura, tutela y acciones populares. La conclusión a la que llega es a la existencia de que en su favor existen competencias constitucionales autónomas y no susceptibles de análisis ulterior, aun cuando la Corte Constitucional se considere a si misma órgano de cierre en materia de interpretación constitucional.

Con motivo de demandar la desnaturalización de estas acciones por parte de la interpretación de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado realiza una comparación de estas figuras para determinar la independencia y calidades especiales de cada una de ellas. El concejo de estado determina diferencia de toda clase entre una y otra figura. Pese a ello, nos explica cómo es al analizar la procedibilidad de las figuras cuando se suscita verdaderamente el conflicto interpretativo de los dos tribunales, pues para el Consejo de Estado la interpretación del tribunal constitucional desnaturaliza las figuras que son como se ha indicado marcadamente diferentes, mientras que para la Corte Constitucional la posición del Consejo de Estado viola importantes principios constitucionales como el libre acceso a la administración de justicia. Eso nos lleva a plantear el problema central de la siguiente forma:

CONSECUENCIAS DE LA POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

El Consejo de Estado postula que la posición de la Corte Constitucional en el tema tratado desconoce el carácter de orden público de las normas procesales, dejando con la posibilidad de que se elija libremente el tipo de acción que los actores escojan libremente el juez de conocimiento. Situación que de aceptar esta interpretación sería sumamente grave pues haría que asuntos que normalmente deberían tramitarse en doble instancia pasarían directamente a conocimiento del Consejo de Estado, es decir, que se afectaría el núcleo del capítulo del código contencioso sobre distribución de competencias entre los tribunales administrativos de departamento y el Consejo de Estado. El artículo 66 del actual código administrativo señala que un “acto administrativo perderá su fuerza ejecutoria cuando desaparezcan los fundamentos de hecho o de derecho que lo sustentan”, pero a la luz de la interpretación que la Corte ha dado a las nulidades el juez deberá mantener intacta la relación creada con ese acto no obstante este haya perdido su soporte, esto, por el principio de confianza legítima, generado un acto administrativo de hecho.

Además de afectar conceptos como el de ejecutoria del acto administrativo esta interpretación a juicio del Consejo de Estado también borra del derecho procesal administrativo la noción de legitimación de la parte demandante, pues el acto además de que un acto de carácter particular puede ser discutido en cualquier tiempo por los interesados, también lo puede ser por terceros que nada tienen que ver con el asunto en discusión, introduciendo con esto un campo a una permanente

litigiosidad en los tribunales de asuntos ya definidos dando espacio para que opere un peligroso elemento de inseguridad jurídica . Como ya se ha dado a entender la mixtura que se produce por tal interpretación elimina el término de caducidad de la acción de restablecimiento del derecho al permitir que actos concretos se estudien con la figura de la nulidad simple que no tiene término de caducidad.

En el caso de la demanda sobre actos particulares es necesario un agotamiento de la vía gubernativa antes de acudir a la jurisdicción contencioso administrativo, este procedimiento que permite a la propia administración corregir un posible error se desnaturaliza, pues la nulidad simple no requiere este paso previo, lo que permitiría que actos de carácter concreto se demanden directamente ante la jurisdicción. Además de todos estos argumentos presentados que dificultan tanto a administrados, jueces y altas cortes la forma de orientar sus decisiones al no tener un criterio de orientación claro; la situación se complica aun mas al tener en cuenta que en sentencia del 31 de mayo de 2011 el Consejo de Estado parece estar dando un giro a retomar una posición a fin a la de la Corte Constitucional lo que nos obliga a esperar futuros pronunciamientos que nos brinden mayor seguridad en el tema.

SEGUNDO CASO: MOTIVACION DE ACTOS QUE DECLARAN INSUBSISTENTES A SERVIDORES EN PROVISIONALIDAD.

Se hace necesario antes de entrar a estudiar este caso establecer la naturaleza de estos cargos y su teleología, así tenemos que ; la jurisprudencia constitucional ha

partido de la premisa según la cual la carrera representa el “instrumento más adecuado ideado por la ciencia de la administración para el manejo del esencialísimo elemento humano en la función pública”⁵, acompañada de la “necesidad correlativa de interpretar restrictivamente las disposiciones que permiten excluir ciertos cargos de dicho régimen general”, para de esta forma

evitar que, en contra de la Constitución, “la carrera sea la excepción y los demás mecanismos de provisión de cargos la regla general”⁶

Adicionalmente, a la administración le corresponde velar porque la desvinculación de este amplio grupo de funcionarios no obedezca a prácticas clientelares, es decir, que no sea el producto de la arbitrariedad sino del ejercicio prudente de la discrecionalidad con miras al cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Es así como le corresponde a las autoridades tomar las medidas necesarias para evitar la arbitrariedad y la indiferencia frente a concursos que realmente demuestren la plena voluntad política para contar con verdaderas instituciones democráticas. Es en la sentencia SU-250 de 1998 donde la Sala Plena de la Corte Constitucional unifica su jurisprudencia sobre el deber de motivación de los actos administrativos. Apoyada en importantes planteamientos doctrinarios, la Corte explicó que la discrecionalidad no puede ser interpretada ni confundirse con la arbitrariedad. Desde entonces la jurisprudencia de esta Corporación ha sido consistente, manifestado que : “la discrecionalidad absoluta entendida

5 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-356 de 1994 (MP. M.P. Fabio Morón Díaz 1994)

6 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-315 de 2007.

*como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, [...] no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, [...], le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad o conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, [...] dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza, [...] el acto administrativo se erige como la mejor garantía para distinguir lo discrecional de lo arbitrario”*⁷

Respecto al consejo de estado; es necesario precisar que dentro de éste no ha habido unanimidad, respecto a la motivación del acto administrativo que declare insubsistente a un servidor público.

Pues bien hasta este punto resulta evidente la contradicción y en relación con ello se evidencia como a la luz de la inclusión de la figura del precedente y su extensión podríamos acercarnos ya sea a una solución definitiva o ahondar mas en una discusión que distaría de generar seguridad e igualdad jurídica y nos remitiría a un nuevo matiz de la divergencia jurisprudencial, nos referimos particularmente a la figura ya mencionada consagrada en el nuevo código contencioso administrativo en el artículo 10 en virtud del cual; las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias teniendo en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-038 de 1996, C-054 de 1996, C-368 de 1999, C-371 de 1999, C-599 de 2000, C-646 de 2000, C-734 de 2000, C-292 de 2001, C-392 de 2001 y C-1142 de 2001, entre otras.

Artículo que luego del análisis realizado por la corte constitucional en la sentencia C634 de 2011 dejó claro que si bien es cierto resulta constitucional el deber de acatamiento de las sentencias de unificación del consejo de estado, esto no se debe entender como una omisión o negación de la jurisprudencia constitucional sino que ésta debe ser tenida en cuenta de manera preferente. Así conforme a lo establecido por esta misma sentencia se deja claro que los destinatarios de este precepto son las autoridades administrativas, igualmente; que si bien es cierto las autoridades judiciales cuentan con cierta autonomía,

esta facultad no es asimilable para las autoridades administrativas. Es necesario afirmar que para la corte el artículo 10 no puede interpretarse de manera aislada, sino que está vinculada con otros preceptos de la Ley 1437 de 2011, en especial el artículo 102, que regula el procedimiento para la extensión, por parte de las autoridades, de los efectos de las sentencia de unificación del Consejo de Estado que reconocen derechos; al igual que el artículo 269, el cual determina el trámite para que esos mismos efectos sean ordenados por ese alto tribunal, en los casos en que la administración se haya negado a ello.

En el caso que nos ocupa es ostensible la discrepancia entre los dos altos tribunales, es una diferencia que está atacando en palabras de la corte; el respeto por la constitución y por ende de principios. Al mismo tiempo tenemos pues, una interpretación constitucional de estas disposiciones normativas de la ley 1437; la interpretación de la corte nos lleva a la obligación imperiosa del

sometimiento por parte de las autoridades administrativas no sólo a las sentencias de unificación del consejo de estado sino también de manera preferente a la jurisprudencia constitucional.

CONCLUSIONES FINALES

Al incorporar las conclusiones obtenidas de los estudios de casos y enfrentarlas a la problemática figura del precedente administrativo obtuvimos los siguiente resultados alrededor de las preguntas problemas planteadas.

¿Cómo se resuelven hoy en día los conflictos dogmaticos entre las altas cortes? Buscando un acercamiento a la solución de esta pregunta, encontramos como la figura jurídica fue diseñada para solucionar la falta de seguridad jurídica que como ya se ha explicado redundaba en un problema estructural. Y como frente a la interpretación constitucional de dicha figura se ha perdido su fin teleológico generando dos posibles interpretaciones.

La primera de ellas es la afirmación de que en caso de divergentes interpretaciones, la figura jurídica que debe ser tomada meta-dogmáticamente es aquella que sea mejor argumentada, es decir sirva mejor a los intereses del estado constitucional de derecho. Esto tiene fundamento en que no solo la corte constitucional puede argumentar a través de principios y valores constitucionales sino también las demás cortes siguiendo los lineamientos del estado social de derecho pueden hacerlo. Esta interpretación nos salva de caer en la falacia de creer que por el hecho de que la corte constitucional argumenta desde la misma carta puede salvarse de cometer errores garrafales

como sucedió en la sentencia T- 622-2010. La anterior posición encuentra fundamento en la teoría de los auditorios de Perelman donde el mejor fallo judicial es aquel que convenga a los auditorios a quienes este dirigido y de la Argumentación de Robert Alexy donde nos tomamos para afirma que la argumentación jurídica requiere de exponer sendos argumentos y desvirtuar la posición de la contraparte a través de ellos, teniendo claro que al discursos racional se llega con la idea de producir conocimiento y no de abusar de una posición de superioridad o de hacer valer lo intereses individuales. Todo ello nos permite afirmar que la decisión que deben aplicar los jueces es aquella que los convenga y les permita solucionar en armonía con el principio pro homine los casos que se les presenten, más aun si las cortes se encuentran a un mismo nivel.

Esta posición es obtenida en relación a los casos objeto del estudio pues si bien en el primer caso encontramos como la posición de la corte constitucional terminaba siendo errada y afectando más derechos que aquellos protegidos, en el segundo encontramos que indudablemente la posición del concejo de estado produce enorme cantidades de complejidad social lo cual termina siendo prueba del error argumentativo, jurídico y factico de la corte constitucional.

La segunda interpretación es que fácticamente tiene razón la corte por su naturaleza constitucional y la jurisprudencia que la hacen órgano de cierre. Haciendo vinculante su jurisprudencia así ella genere toda clase de problemas facticos.

¿Qué efectos tienen estos para los funcionarios de baja jerarquía, las autoridades administrativas y los administrados?

Frente a esta su vez tenemos dos interpretaciones. La primera hace referencia a la posición que asume el administrado, cuando éste recurra al ente administrativo para que haga aplicación de la jurisprudencia del concejo de estado a través del artículo 102 del código contencioso administrativo, en un caso en el cual la corte constitucional haya sentado un precedente distinto, no le quedará otro camino al ente administrativo que reusarse a aplicar dicho precedente por la interpretación hecha del artículo 10. Y sí en cambio el administrado quiere hacer aplicación de un precedente sentando por la corte constitucional no tiene más elementos que la voluntad de la administración, pues la errada interpretación hecha del artículo 102 le impide accionar con dicha herramienta de forma eficaz, y al mismo tiempo le cierra el espacio para presentar tutela por ser este un mecanismo de ultima ratio, obligándolo a recurrir a un proceso extenso para obtener un fallo de última instancia el cual pueda demandar a través de tutela.

El segundo acercamiento de respuesta, se da desde la visión del operador judicial y administrativo. Quien le dará razón al órgano de cierre propio de su jurisdicción. Esto cuando

nos encontramos frente a jueces administrativos pues ellos temen más la sanción sentada por un superior al revocar su fallo. Y así mismo le da la razón también cuando estamos frente autoridades administrativas, pues es esta jurisdicción quien podrá interponer sanciones pecuniarias a través de la acción de repetición.

¿Se ve el problema estructural solucionado a raíz de la expedición del nuevo código, y su interpretación “constitucional”?

Frente a esta pregunta resulta pues evidente que la figura del precedente administrativo del artículo 10 de la ley 1437, no soluciona cabalmente el problema puesto que debido a la interpretación constitucional y a los medios para realizarla queda sesgada y limitada la postura constitucional, puesto que si bien es cierto conforme a la sentencia 634 del 2011 que estudia el artículo 10 de dicha ley debe tenerse en cuenta de manera preferente el precedente constitucional al momento de encontrar oposición y de encontrar la necesidad de acudir al artículo 102 de extensión de jurisprudencia esta extensión solo se aplicaría en cuanto a las sentencias de unificación del consejo de estado lo que nos llevaría a concluir que seguiríamos en el mismo camino de inseguridad jurídica y de inestabilidad en cuanto a la aplicación de precedentes.

REFERENCIAS:

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-356 de 1994. (M.P. Fabio Morón Díaz)

Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-315 de 2007.(MP. Jaime Córdoba Triviño; Mayo 3 de 2007)

Consejo de Estado de Colombia. Sección Segunda, Sentencias del 21 de junio de 2007 (4097-2005), del 19 de junio de 2008 (2256-2006).

Seminario internacional de presentación del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Ley 1437

VEGA DE HERRERA, Mariela. CONFERENCIAS SOBRE EL ACTO ADMINISTRATIVO, Especialización en Derecho Administrativo.

Consejo de Estado de Colombia. Sección Segunda, Sentencias del 21 de junio de 2007 (4097-2005), del 19 de junio de 2008 (2256-2006).

