

DEBER DE MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA INSUBSISTENCIA DE NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES: DIFERENCIAS ENTRE CORTE CONSTITUCIONAL Y CONSEJO DE ESTADO

Nubia D. García Valencia¹

Fecha de Recepción: Septiembre 23/2011

Fecha de Aceptación: Octubre 20/2011

RESUMEN

En este trabajo se presenta de manera sucinta y general las posiciones jurisprudenciales adoptadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno al deber de motivación de los actos administrativos que

¹ Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena. Estudiante de Postgrado de la Universidad Externado de Colombia en la especialización sobre Derecho Contencioso Administrativo, actualmente ejerce la profesión como abogada litigante y asesora jurídica de entidades públicas.

declaran la insubsistencia del servidor público nombrado en provisionalidad en cargos propios de carrera administrativa, evidenciando la terrible disparidad entre sus pronunciamientos. Lo anterior, con la finalidad de proporcionar al lector un actual panorama jurídico sobre el tópico indicado.

PALABRAS CLAVES

Acto Administrativo, Potestad de la Administración, Discrecionalidad Administrativa, Empleados Provisionales.

ABSTRACT

In this work presents a succinct and comprehensive jurisprudential positions adopted by the Constitutional Court and the State Council duty around the motivation of administrative acts that declare the non-subsistence of the employee named interim own administrative career positions, showing the terrible disparity between their pronouncements. This, in order to provide the reader the current legal landscape on the topic indicated.

KEY WORDS

Administration Acts, administration authority, administrative discretionary acts, temporary employees.

INTRODUCCIÓN

El antagonismo entre las posturas asumidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en torno al deber de motivación de los actos administrativos que declaran la insubsistencia del servidor público nombrado en provisionalidad en cargos propios en la carrera administrativa, en aplicación de la potestad discrecional de quien emanan, ha propiciado una desigualdad real en la aplicación del derecho sobre unos mismos supuestos fácticos; sin embargo, a pesar de no ahondar en las consecuencias materiales que le sobrevienen a estas diferencias no poco frecuentes entre estos órganos, lo que se expondrá al interior de este escrito, es 1). El análisis de la potestad que ejerce quien declara la insubsistencia del servidor público nombrado en provisionalidad en los cargos propios de carrera administrativa. 2). La descripción sucinta de cada una de las posturas jurisprudenciales existentes, y a renglón seguido, 3). Proponer la que resulta más acertada a la luz de Ordenamiento Jurídico Colombiano, con base en los análisis doctrinarios y jurisprudenciales que se presentan de varios fallos.

1. POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN

Para abordar esta problemática es necesario indicar a título explicativo, que en virtud del principio de legalidad² a la Administración se le atribuyen unas potestades³, entre ellas, las denominadas por la doctrina como potestades regladas, y potestades discrecionales.

² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "Tratado de Derecho Administrativo" Tomo II. Universidad Externado de Colombia. Cuarta Edición. Bogotá. 2008, pág. 38. El profesor Santofimio expresa lo que a su entender debe considerarse principio de legalidad en estas palabras: "Entendido el principio de legalidad como inherente al Estado de derecho, regula en todos los sentidos el ejercicio del poder público, en beneficio directo de los administrados y de la estabilidad y seguridad que debe implicar su ejercicio" y en su escrito cita a José Centella Junior quien expresa que: "El principio de legalidad, en la medida que limita al poder administrativo, se estructura como un evidente principio de clara estirpe liberal, un elemento de liberalismo en el régimen administrativo".

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, Tomás-Román. "Curso de Derecho Administrativo" Tomo I. Editorial Temis S.A. Madrid. 2008, pág. 423. En palabras del profesor Eduardo García de Enterría ha sido Santi Romano el que con más rigor ha propuesto un concepto

En virtud de las primeras, el ejercicio de la Administración se reduce a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia ley ha determinado⁴; en virtud de las segundas, se le otorgan a la Administración facultades para realizar juicios de valor, apreciaciones y estimaciones con el fin único de permitirle el cumplimiento de los cometidos estatales, del bien común y del interés general⁵.

La discrecionalidad en las actuaciones de la Administración entonces es, una potestad conferida por la ley que supone el ejercicio de relativa libertad aplicada en mayor o menor medida, dependiendo del caso concreto de que se trate, según la ley lo indique y permita; para su ejercicio, se hace necesario el apego real al Bloque de Legalidad que compone el ordenamiento jurídico que la concede, a fin de que sea en aplicación de este, que emane la decisión discrecional de la Administración, materializada en un acto administrativo.

Así concebida la discrecionalidad, no se presume alguna excepción para prescindir de los elementos del acto administrativo⁶ en aquellas manifestaciones que nacen en virtud de ella.

De esta manera lo ha concebido el Doctor Eduardo García de Enterría⁷ al afirmar que: “(...) *la discrecionalidad es un caso típico de remisión legal (...). No hay pues discrecionalidad al margen de la ley, sino justamente solo en virtud de la ley y en la medida en que la ley haya dispuesto*” y ello es así, debido a que es en la ley que tiene nacimiento la potestad de la Administración de tomar la decisión más adecuada, necesaria y proporcional al bien común e interés general del que están revestidas todas sus actuaciones, después de la estimación subjetiva que se realice con base a los límites expresados en la norma.

2. DE LA NORMATIVIDAD EN TORNO A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE DESVINCULACIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD

El régimen jurídico que regula la desvinculación de los servidores públicos nombrados en provisionalidad en los cargos propios de carrera administrativa, ha sido abundante, pero de forma sintética se indicará los antecedentes más próximos y vigentes a la fecha.

Tenemos entonces que la Ley 443 de 1998, hoy derogada por el Artículo 58 de la Ley 909 de 2004, es el antecedente más mediato; en sus artículos no vigentes, se indicaba que “*El término de duración*

de potestad (...) al respecto dice: “*El concepto de potestad se perfila mediante su contraste dialéctico con el derecho subjetivo. Ambas figuras son especies del género de poderes jurídicos, en sentido amplio esto es, facultades de querer y de obrar conferidas por el ordenamiento a los sujetos.*”

⁴ *Ibidem. Op. cit.*, pág. 2, pág. 435.

⁵ *Op. cit.*, pág. 2. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Pág. 46.

⁶ En el Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo vigente) a pesar de no indicar expresamente cuales son los elementos de los actos administrativos, en la práctica jurídica se ha entendido que estos son los descritos en el Artículo 84 así: “*Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de un representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. Procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que se deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que las profirió. (...)*”.

⁷ *Op. cit.*, pág. 2. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Román. Pág. 436.

*del encargo y del nombramiento provisional, cuando se trate de vacancia definitiva no podrá exceder de cuatro (4) meses; cuando la vacancia sea resultado del ascenso con período de prueba, de un empleado de carrera, el encargo o el nombramiento provisional tendrán la duración de dicho período más el tiempo necesario para determinar la superación del mismo. De estas situaciones se informará a las respectivas Comisiones del Servicio Civil. (...)*⁸.

Es decir, que existía una temporalidad para el nombramiento provisional de cargos, pero posterior a ello, el legislador estableció una “estabilidad” de quienes eran nombrados provisionalmente en cargos de carrera, ello se predica del Artículo Primero del Decreto 1330 de julio 13 de 1998⁹, en virtud del cual se reglamentaba parcialmente la Ley 443 de 1998, y consagró en su oportunidad, la prohibición expresa y clara, para los nominadores de declarar insubsistente los nombramientos de los empleados con carácter provisional; normativa que fue derogada íntegramente por el Gobierno Nacional por medio del Decreto 1754 de agosto 26 de 1998. De allí que, en virtud de lo expresado, se indica una temporalidad para aquellos empleados cuyos nombramientos no fuera a través de concurso de méritos.

Ahora bien, el Artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones” se indica que: “*El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Los nombramientos de empleados de carrera solo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera*”, pero este no puede ser interpretado en solitario, pues deber ser aplicado conforme a la normatividad expresamente vigente sobre la materia, es decir a la luz de la Constitución Política colombiana y haciendo una integración normativa.

El Decreto 1950 de 1973 “Por el cual se reglamentan los decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil” en su artículo 107, indicó lo siguiente. “*En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados. En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña*”.

⁸ Ley 443 de 1998. Artículo 10.

⁹ Decreto 1330 de 1998. Artículo 1. “*Los empleados de las entidades públicas a las cuales se aplica la Ley 443 de 1998 permanecerán en los cargos de carrera que vienen ejerciendo con el carácter de provisionales hasta cuando se reglamenten, convoquen y culminen los procesos de selección para su provisión definitiva, con excepción de quienes como resultado de investigación disciplinaria deban ser retirados del servicio. Por lo tanto, los respectivos nominadores no podrán declarar la insubsistencia de sus nombramientos a partir de la fecha y durante el desarrollo de los citados procesos*”. Derogado hoy por el Decreto Nacional No. 1754 de 1998.

Sin embargo, esta normativa, también es derogada a consecuencia de lo indicado por el Artículo 41¹⁰ y 58¹¹ de la Ley 909 de 2004 y el Artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, que indica: “Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.

Los anteriores preceptos modifican de forma sustancial el régimen anterior incide de manera favorable en las condiciones laborales de los empleados provisionales, pues se vislumbra que el concepto sobre discrecionalidad administrativa ejercido por la Administración, avanza hacia la “no asimilación de excepción para no motivar” y por ello, se percibe cuando se expresa que la separación del servicio deben ser por causas expresas en el acto administrativo.

A pesar de lo anterior, nótese que guarda silencio sobre la naturaleza de la potestad ejercida por la administración en la emanación del Acto Administrativo que declara insubsistente a los servidores públicos nombrados en provisionalidad, lo que se traduce en que para esta clase de actos, se aplica la regla general de motivación de actos administrativos, toda vez que este deber no se debe a la indicación expresa o tácita de poseer o no una potestad discrecional, si no, de la excepcionalidad al deber de motivar un acto administrativo que por disposición legal general debe ser motivado, sea emanado de la potestad discrecional o reglada.

3. SOBRE LAS POSTURAS JURISPRUDENCIALES ASUMIDAS

Culminado lo anterior, se indicarán las posturas jurisprudenciales al respecto, ya que el control judicial que se le realiza a los actos que declaran la insubsistencia de los empleados nombrados en provisionalidad en cargos propios de carrera administrativa, no ha sido asumido por los jueces de forma similar, si no que se han adoptado diferentes aires jurídicos en fallos judiciales a pesar de tratarse de supuestos de hechos similares, este es el caso de la disyuntiva existente entre los fallos proferidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre el deber de motivación en los actos administrativos que declaran la insubsistencia del nombramiento provisional en un empleo de carrera administrativa.

Al respecto, la postura de la Corte Constitucional formulada en la *ratio decidendi*¹² de muchos de sus pronunciamientos entre los que se encuentran las sentencias de unificación SU 250 del 26 de mayo de 1998 y Sentencia SU 917 del 16 de noviembre de 2010, han creado precedente

¹⁰ Ley 909 de 2004. **Artículo 41.** Causales de retiro del servicio. (...) **Parágrafo 2º.** Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

¹¹ *Ibidem.* Artículo 58. Vigencia. La presente ley rige a partir de su publicación, deroga la Ley 443 de 1998, a excepción de los artículos 24, 58, 81 y 82 y las demás disposiciones que le sean contrarias.

¹² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho Positivo Colombiano”. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá. 2010, págs. 10 y 24.: El profesor Santofimio, citando a Simón Whittaker, expresa que: “la *Ratio Decidendi* hace referencia al componente de la decisión judicial que tiene la fuerza suficiente para obligar y vincular a futuro a las autoridades encargadas de resolver otros casos similares”. De igual forma, trae a colación el concepto sobre precedente que Gustav Radbruch en estas palabras: “El precedente -precedent- entendido como la decisión anterior de una autoridad que fija posición interpretativa en relación con ciertas circunstancias fácticas y jurídicas, para ser aplicadas en el futuro, esto es, como antecedente vinculante generador de regla, principio o concepto aplicable a casos sustancialmente similares (...)”.

constitucional con la tesis que expresa “el deber inexcusable de motivar los actos que declaran la insubsistencia de nombramientos provisionales en cargos de carrera administrativa” fundada en que en el Estado de Derecho no hay facultades puramente discrecionales sino que toda discrecionalidad es relativa, y en ejercicio de tal facultad, no se supone la libertad de la Administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta.

Siguiendo esta misma línea jurisprudencial, la Corte Constitucional dijo en sentencia SU 250 de 1998¹³ que, la falta de motivación del acto que retira del servicio a una persona nombrada en provisionalidad es una omisión en contra del derecho, por ser esta necesaria para el control de los actos administrativos que facilita la función revisora de lo contencioso-administrativo, y su carencia se convierte en un obstáculo para el efectivo acceso a la justicia y ubica al afectado en una evidente indefensión constitucional¹⁴.

En reciente fallo de unificación esta Corte¹⁵ reitera su jurisprudencia y afianzó la tesis expresada desde antaño, al indicar lo que se resume en estas palabras:

- a. Existe un inexcusable deber de motivación de los actos administrativos de retiro de los cargos de provisionalidad fundado en el respeto a los principios constitucionales de Estado de Derecho, Debido Proceso, Principio Democrático y de Publicidad, que permiten el ejercicio del derecho a la defensa, y la ausencia de esta, involucra un vicio de nulidad en la medida que además de la violación al derecho fundamental del debido proceso se violan normas de superior jerarquía.
- b. Que al existir la obligación general de motivación de los actos administrativos, la excepción a esta, debe estar consignada de forma expresa en la Constitución o en la ley, y en este sentido, no existe ley o norma con rango de ley que exonere a los nominadores del deber de motivar esta clase de actos¹⁶ y por tanto, el administrado debe tener la posibilidad de conocer las razones que se invocan para el retiro del cargo de carrera administrativa que ocupa en provisionalidad.
- c. Que el ejercicio de un cargo de carrera administrativa nombrado en provisionalidad, no lo convierte en empleado de Carrera Administrativa, del que pueda predicarse estabilidad en el empleo, pero tampoco en uno de libre nombramiento y remoción, ya que el mismo no tiene origen en la confianza para tareas de dirección o manejo, y por tanto no tiene cabida esa excepción al deber

¹³ Corte Constitucional. Sentencia SU 250 del 26 de mayo de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴ Esta sentencia es la punta de lanza para el desarrollo de esta postura que se esboza, sin embargo, han existido un número considerable de sentencias de Análisis Constitucional, de Tutela y de Sala de Unitaria (C, T y SU) promulgadas por la Corte Constitucional en este mismo sentido.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU 917 del 16 de noviembre de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁶ Aquí se hace alusión, y debe entenderse en este sentido y no de otro modo, a los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de Carrera Administrativa que es el tópico común y central en este escrito y del que se discute el deber o no de motivación.

de motivar el acto de insubsistencia al constituir ella, una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la Administración¹⁷.

- d. La Corte admite que el deber de motivación se atenúa en casos específicos en la ley, como en aquellos surgidos con ocasión o por razones de Seguridad Nacional, siempre que exista un informe previo de inteligencia que dé cuenta sobre la inconveniencia de la permanencia del funcionario en el cargo. Adicional a ello, en los cargos especiales de carrera administrativa indicados en la Constitución o en una norma con rango de ley¹⁸, la Corte Constitucional ha sido enfática en indicar que no por ser especiales, debe entenderse que exista autorización para la desvinculación sin motivación de los actos administrativos que los declara.

Por su lado, la postura mayoritaria acogida por el Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo encargado entre otras cosas de la unificación de la jurisprudencia de los asuntos que le competen, es diferente. Siendo ello así, es conveniente indicar que a diferencia de la Corte Constitucional, al interior de esta corporación, los antecedentes jurisprudenciales no han sido uniformes¹⁹.

Tenemos así, que en sentencia del 13 de marzo de 2003²⁰ de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de este Alto Tribunal, unificó la jurisprudencia al respecto, edificada en la tesis que señala “el acto que declara la insubsistencia de un nombramiento hecho en provisionalidad en un cargo de carrera no requiere motivación, ni trámite administrativo previo, pues, estas condiciones son esenciales exclusivamente cuando se trata de desvincular a quien, previo concurso de meritos, ha logrado los derechos de carrera”. De allí que para este, la falta de motivación de esta clase de actos, no constituye una violación del debido proceso pues las normas sobre la carrera administrativa no le son aplicables a aquellos funcionarios nombrados en provisionalidad en acatamiento a lo señalado en el Artículo 125 de la Constitución Política colombiana²¹.

¹⁷ Al respecto, la Sentencia T-800 de 1998 de la Corte indicó por vez primera sobre que el hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción.

¹⁸ En la Sentencia C-391 de 1993, la Corte indicó cuales eran estos, y se resumen de la siguiente formas: el de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial del Poder Público, la Contraloría General de la República, y la Procuraduría General de la Nación, las Universidades Públicas, el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-; el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC; la Registraduría Nacional del Estado Civil; la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales; los que regulan la carrera diplomática y consular y la docente. El personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología entre otros.

¹⁹ A sí por ejemplo en el año 2003, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado consideró, que dichos servidores gozaban de estabilidad restringida y que para su desvinculación debe mediar al menos un acto administrativo motivado como garantía del debido proceso; *postura distinta asumida por la Subsección “B”* de la misma Sección, pues esta afirma que al no haber ningún fuero de inamovilidad para quienes ejercían cargos en provisionalidad, de modo que estaban sujetos al ejercicio de la facultad discrecional, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna. (Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 13 de marzo de 2003, radicación 76001-23-31-000-1998-1834-01(4972-01) C.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Constitución Política de 1991, Art. 125. (...) *“Los empleos en los órganos y entidades del estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley”* (...).

Solidificó sus argumentos sobre el supuesto de que la calidad de “provisionalidad” de un empleado público lo pone en una posición diferente frente a los empleados de carrera administrativa, y basados en la regla general del derecho sobre que *“las cosas en derecho se deshacen de la misma forma en que se hacen”*, al ser el acto de nombramiento en provisionalidad desprovisto de procedimiento y motivación en ejercicio de una facultad discrecional del nominador, lo asimila a un cargo de libre nombramiento y remoción, y por ello, esta misma situación es predicable del acto de retiro; en este sentido, no se quebranta ni desconoce el derecho constitucional y fundamental al debido proceso de la persona que así ha sido desvinculada, toda vez que, desde el punto de vista formal y filosófico, todos los actos incluso los administrativos, tienen una causa o motivación, así no aparezca de manera explícita²².

Ahora bien, la Corte Constitucional al emitir un fallo de SU²³, unificó la jurisprudencia con el propósito de acabar la disquisición jurisprudencial sobre el tema, toda vez que los efectos de la misma son *“erga omnes”* y por ello, de obligatorio acatamiento, aun para todos los jueces en aplicación del derecho. Sin embargo, posterior a la expedición de dicho fallo, el Consejo de Estado continúa emitiendo fallos que indican que la discusión no ha sido aun superada.

Se hace referencia entonces, entre otras sentencias, a la proferida por el Consejo de Estado por medio de la Sección Segunda del 3 de marzo de 2011, actuando como Consejero Ponente, el Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren²⁴, cuyo conocimiento se adujo en virtud del recurso de apelación contra sentencia de primera instancia, oportunidad en la que se continúa la línea jurisprudencial que se indicó en la sentencia de 13 de marzo de 2003, antes citada²⁵, al exponerse que el acto de desvinculación de un funcionario provisional no requiere motivación alguna, precisándose que la exigencia de no motivación del acto que declara la insubsistencia del provisional encuentra asidero jurídico en el Decreto 1227 de 2005 que reglamenta la Ley 909 de 2004.

Igualmente peligroso para la seguridad jurídica del Ordenamiento Jurídico, es que al interior de la Sala de lo Contencioso Administrativo, no exista una línea jurisprudencial uniforme al respecto, pues aun se encuentran sentencias anteriores y posteriores a la arriba mencionada, en las que de

²² Tesis que sigue vigente y que ha sido expuesta en recientes sentencias. Al respecto ver Sentencias: Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 19 de octubre de 2006. Radicación 250002325000 2002 06975 01(3934-05) C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 23 de febrero de 2011. Radicación 11001-03-15-000-2010-01401-00(AC) C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 3 de marzo de 2011. Radicación 50001-23-31-000-2004-10507-01(0784-10) C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²³ Esta providencia es la que ya se mencionó numerada SU-917-2010.

²⁴ *Op. cit.*, pág. 10 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 3 de marzo de 2011. Radicación 50001-23-31-000-2004-10507-01(0784-10) C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. En esta sentencia se indicó: *“A esta altura del proceso, se advierte que se continua la línea jurisprudencial, plasmada en la sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida en el radicado interno 4972-01, Actor: María Nelssy Reyes Salcedo, Consejero Ponente Dr. Tarsicio Cáceres Toro, tesis ratificada en providencia proferida por la Sala de Sección de 4 de agosto de 2010, expediente 319-2008, actor Aura Alicia Pedraza Villamarín, en la que igualmente se consideró que el acto de desvinculación de un funcionario provisional, no requiere motivación alguna, conclusión a la que arribó la Sala, luego de dirigir sus reflexiones al estudio histórico - normativo de la figura, pero precisando que la exigencia de no motivación del acto que declara la insubsistencia del provisional encuentra su excepción, en el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004”*.

²⁵ *Op. cit.*, pág. 9. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 13 de marzo de 2003, radicación 76001-23-31-000-1998-1834-01(4972-01) C.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

forma expresa indican otro sentido jurisprudencial. Veamos a modo de ejemplo, pronunciamientos recientes:

En la sentencia del Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta del 3 de marzo de 2011²⁶ y cuyo conocimiento atendió en virtud de impugnación de fallo de Acción de Tutela contra sentencia, se indicó que siempre y cuando el acto de desvinculación se base en la Ley 909 de 2004, este deberá ser motivado. Nótese que este fallo es proferido en la misma fecha que el mencionado inmediatamente anterior, lo que refleja una notable disparidad de posturas jurisprudenciales al interior de una misma corporación.

Y en este mismo sentido, se encuentra la sentencia del Consejo de Estado por medio de la Sección Segunda (Subsección B) del 23 de febrero de 2011²⁷, que indicó lo que se transcribe:

“Para resolver este cuestionamiento, debe la Sala acudir a su jurisprudencia y a las disposiciones normativas que puedan indicar una solución viable. Así, era criterio único de esta Corporación entender que los actos administrativos que declaren insubsistente un nombramiento en provisionalidad de un cargo de carrera no estaban obligados indicar de manera expresa sus motivos, pues de cierta forma tal condición se asimilaba a la de los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción que no necesitan motivación. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, y en aplicación del artículo 41 parágrafo 2, resulta que “es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la Ley y deberá efectuarse mediante acto motivado”, lo cual, ha llevado a la Sección Segunda del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo a reconocer recientemente que debe hacerse distinción entre las normas que gobiernan el acto administrativo en cuestión, dado que, si aquel fue expedido en vigencia de la Ley 909 de 2004 por existir disposición expresa, existía la obligación de motivar el acto administrativo”.

Obsérvese la diferente interpretación en la aplicación de una misma norma, la Ley 909 de 2004 y su Decreto reglamentario 1224 de 2005.

Culminando la descripción sintetizada de cada una de las tesis defendidas por las Honorables Corporaciones, se resalta la urgente necesidad de solucionar el problema jurídico surgido como consecuencia de posturas jurisprudenciales paralelas y disímiles, en beneficio de la seguridad jurídica e igualdad de trato cuando existen unos mismos supuestos de hecho, postulados sin los cuales es dudosa la existencia del Estado Social de Derecho.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 3 de marzo de 2011. Radicación número: 11001-03-15-000-2010-01347-01(AC). C. P. del Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

²⁷ *Op. cit.*, 9. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 23 de febrero de 2011. Radicación 11001-03-15-000-2010-01401-00(AC) C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Al respecto de la disparidad de interpretaciones y aplicación del derecho, como en el que se indicó, existente entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se resalta la antigua e importante discusión que aportó grandes elementos al desarrollo de la Filosofía y Teoría del Derecho y su consecuente aplicación, sostenida entre el inglés H.L.A. Hart²⁸ y el norteamericano Ronald Dworkin²⁹.

Haciendo alusión a ello, se indica que los poderes y capacidades extraordinarias de la interpretación y aplicación del derecho que ostenta el juez y que Ronald Dworkin equiparó con “Hércules” y con base en la discrecionalidad judicial argüida por H.L.A. Hart de que goza el juez en los argumentos de sus fallos ante la existencia de casos difíciles – porque siempre se encontrarán casos marginales o difíciles- como el que se ha hecho manifiesto, la interpretación de las normas para la justa aplicación del derecho deberá ser entonces la que se extraiga después de realizado un análisis sistemático de todo el Ordenamiento Jurídico conforme a unas reglas de hermenéutica y razonamiento judicial de una nueva lógica jurídica³⁰.

Oportunamente, se trae a colación la pregunta hecha por el doctrinante Hugo Alberto Marín Hernández³¹ sobre: “¿Qué ocurre si hay dos jueces “Hércules”? -como en este caso- ambos obrarían de forma racional, pero ¿son capaces de resolver genuinos problemas axiológicos? Su respuesta, con la que no se puede más que coincidir, es que naturalmente dos o más jueces “Hércules” perfectamente pueden llegar a respuestas no equivalentes, pero igualmente bien fundadas a no ser que se parta, como lo hace Dworkin, de la suposición de valores absolutos” (comentarios fuera del texto citado).

Expresado en esta forma el panorama de precedentes jurisprudenciales dispares y el aporte de la referida discusión de los teóricos del derecho que ayuda a su solución, se considera palpable la

²⁸ HART, H.L.A., “El Concepto de Derecho” Traducción por Genaro R. Carrio. Abeledo-Perro. Buenos Aires. 1963. Pág. 4. En esta oportunidad Hart, afirma que: “Si todo esto es de conocimiento común, ¿Cómo es que la pregunta “¿Qué es derecho?” ha persistido y ha recibido respuestas tan variadas y extraordinarias? ¿es porque, además de los casos típicos claros, constituidos por los sistemas jurídicos de los estados modernos, que nadie en su sano juicio dudaría que son sistema jurídicos, existen también casos dudosos, acerca de cuya “calidad jurídica” no solo vacilan los hombres cultos comunes, sino también los juristas?”.

²⁹ RODRÍGUEZ GARAVITO, César. “La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin”. Universidad de los Andes. Editorial Siglo de Hombres. Primera Edición. Reimpresión 2005. Bogotá. Págs. 46 y 47. Cesar Rodríguez Garavito afirma que: “es posible negar la existencia del desacuerdo aduciendo el argumento opuesto al de Raz, es decir, afirmando que Hart y Dworkin no disienten porque están hablando de asuntos totalmente distintos (...) Mientras que Hart intenta una teoría descriptiva y general, Dworkin formula una teoría descriptiva-justificativa y particular”. Esto es lo que según este citado autor, expresa Hart en la segunda edición del libro “The concept of law” “Hart, H.L.A., “The concept of law” with a Postscript. Clarendon Press-Oxford.1994. en su página 241 y 242”. Sin embargo, César Rodríguez sigue afirmando que: “Las teorías de Hart y Dworkin se encuentran en dos puntos principales. En primer lugar, los dos autores ofrecen soluciones distintas al problema relativo a los tipos de normas jurídicas y la existencia de una regla de reconocimiento. En segundo lugar, defienden posturas diferentes en relación con la pregunta sobre la solución de los casos difíciles y la discrecionalidad judicial”.

³⁰ MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. “Discrecionalidad administrativa”. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá. 2007, pág. 94. Así lo argumentó el profesor Hugo A. Marín Hernández haciendo alusión a la tesis sostenida por Ronald Dworkin al afirmar que: “Será el juez, entonces, el principal garante del ideal de justicia y defensor de los derechos básicos (...) en buena medida la filosofía del Derecho contemporánea se ha venido a ocupar de intentar la búsqueda de una nueva lógica que permita sustituir al desacreditado modelo silogístico de creación y aplicación del Derecho pero al mismo tiempo, conservar esta imagen científica o técnica del jurista y, en especial, del juez. Es por ello que para muchos autores se hace necesario fortalecer la teoría de los principios en cuya naturaleza jurídica y o arbitraria se hace frecuente insistencia (...)”. y sobre los principios extrae y cita lo esbozado por Chain Perelman en estas palabras: “(...) Perelman, para quien los principios se forman fuera del juez, pero, una vez formados, se imponen al juez y el juez está obligado a asegurar el respeto que los principios reclaman”.

³¹ *Ibidem*. Pág. 102.

disímil forma de razonamiento al interior de cada uno de estos órganos, pues mientras el Consejo de Estado pareciera aplicar en su análisis y trabajo interpretativo el silogismo clásico: *supuesto de hecho-norma jurídica-consecuencia jurídica*, la Corte Constitucional realiza su análisis interpretativo basada en los principios constitucionales que fundan todo el sistema normativo que gobierna el Estado Colombiano, y de allí, sus ambivalentes fallos, al basar sus argumentos en hipótesis políticas distintas para la interpretación jurídica de un mismo fenómeno.

Julio Alberto Tarazona Navas³² sostiene que: *“El juez ordinario interpreta y aplica la norma legal frente al caso concreto, teniendo en cuenta que ella tiene una situación de hecho y una consecuencia jurídica. Esto significa que la interpretación no se limita al análisis de la norma o su texto legal, sino que tiene que interpretar la situación de hecho a partir de las pruebas para poder darle sentido, significado y alcance a la norma legal”*.

Sin duda, el juez en el proceso judicial interpreta y aplica la ley frente al caso en concreto junto con la valoración de las pruebas recaudadas, pero de igual forma y el juez constitucional, interpreta y aplica las normas constitucionales en ejercicio de su misión de guardiana de la supremacía e integridad de la Constitución. Y por ello, pueden existir fallos encontrados cuyas consecuencias jurídicas pueden tener efectos jurídicos distintos, todo porque existe una separación entre la jurisdicción constitucional y otras jurisdicciones.

No puede negarse que con la creación de la Corte Constitucional en la Constitución Política de 1991, se introdujeron implícitamente nuevos métodos de interpretación constitucional y los métodos tradicionales han perdido aplicabilidad en el entendido que se tornan insuficientes los criterios de interpretación tradicionales y en particular los literales.

Con respecto a estos métodos de interpretación literal es importante el aporte que realiza Pilar Zambrano en su libro *“La inevitable creatividad en la interpretación jurídica: Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad”*³³ en donde afirma citando a Waluchow, que en términos generales: *“existen dos líneas de interpretación: una regla interpretativa textual que obliga al intérprete a identificar el significado de las normas con el significado lingüístico de los términos; y una regla interpretativa liberal o de intereses, que incorpora junto al significado lingüístico de los términos, los intereses u objetivos que se supone que se propuso realizar la norma”*. Y en este sentido expresó que *“una práctica que incorpora reglas interpretativas textuales es una práctica excluyente, en la medida en que todo lo que excede el estrecho límite de la significación lingüística de los términos jurídicos es a-jurídico. En cambio una práctica que autoriza a los intérpretes a integrar la significación lingüística con el sentido o fin de la norma es incluyente, pues la determinación de cuáles son estos fines supone el recuso al razonamiento moral”*³⁴.

³² TARAZONA NAVAS, Julio Alberto. *“El Imperio de la constitución y del precedente constitucional”* Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2007, págs. 147 y 148.

³³ ZAMBRANO, Pilar. *“La inevitable creatividad en la interpretación jurídica: Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad”*. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México. 2009. Pág. 12.

³⁴ *Ibidem*. Pág. 12

A pesar de lo anterior, y respetando lo que a juicio de cada Alto Tribunal se defiende conforme a las argumentaciones lógicas ya expuestas, se propone una conciliación de las posturas sobre las cuales se edifica toda la estructura interpretativa a fin de lograr igualdad en la justicia y aplicación del derecho que proporciona seguridad jurídica y confianza en las instituciones. Pues con el desarrollo jurisprudencial contemporáneo y cuyos aportes han realizado varios autores como los que ya se han mencionado en este escrito, es importante que los jueces en todos los sentidos de sus fallos y respetando la autonomía judicial y funcional dentro de la competencia ordinaria de interpretación y aplicación de la ley, lo hagan de acuerdo con la Constitución y el precedente constitucional.

Visto de ese modo, no es un absurdo jurídico expresar que el juez está sometido al imperio de la Constitución y al imperio del precedente constitucional, en aplicación integrada del Artículo 4 y 230 de la Constitución Política.

Para ello, es necesario tener presente que en aplicación al Artículo 230 de la Constitución Política Colombiana el cual indica que: *“Los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley (...)”*, y toda vez que la jurisprudencia y la doctrina aceptada³⁵ han precisado el reconocimiento de cierta fuerza vinculante que poseen los precedentes jurisprudenciales en la interpretación de la norma y aplicación del derecho³⁶, se considera que los fallos de los jueces deben guardar armonía con los precedentes constitucionales endilgados por la Corte Constitucional como guardiana de la Constitución Política colombiana; esto según lo dicho por el Dr. Jaime Orlando Santofimio³⁷: *“(...) no solo apunta a acordarle una mayor coherencia interna al mismo, garantiza de mejor manera el principio de igualdad entre los ciudadanos y brinda elementos de seguridad jurídica indispensables para las transacciones económicas, sino que además asegura la vigencia de los derechos fundamentales y por ende el carácter normativo de la Constitución”*.

Es así como, aunque la facultad del juez esté revestida de autonomía e independencia, esta no puede ser aplicada de espaldas a los precedentes jurisprudenciales de quien tiene en sus hombros la honrosa carga de guardar la Constitución como Norma de Normas³⁸.

El ya mencionado doctrinante, Julio Alberto Tarazona Navas³⁹ al respecto indica que: *“No se puede perder de vista que las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables, (...) por cuanto al juez como intérprete le corresponde buscar el sentido razonado y razonable de la disposición dentro*

³⁵ *Op. cit.*, pág. 7. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *“La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho Positivo Colombiano”*. Pág. 43.

³⁶ Tan importante son los precedentes jurisprudenciales, que de forma expresa en la Ley 1437 de 2011, sancionada el 18 de enero de 2011 y que entrará a regir a partir del 2 de julio de 2012, el Artículo 10 precisa la obligación de acatamiento de los precedentes jurisprudenciales, señalando lo que reza: *“Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”*.

³⁷ *Op. cit.*, pág. 7. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *“La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho Positivo Colombiano”*. Pág. 44.

³⁸ Constitución Política de 1991 Artículo 4: *“(...) La Constitución es norma de normas. (...)”*.

³⁹ *Op. cit.*, pág. 14. Tarazona Navas, Julio Alberto.

del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalista. Interpretar la norma legal como parte integrante de todo un sistema jurídico y de acuerdo con un criterio finalista, que tome en cuenta las metas y objetivos establecidos en la Carta, por la filosofía del ser humano que inspira la Constitución”.

Así las cosas, el juez debe invocar las interpretaciones constitucionales, y no solo ello, sino que además deberá hacer alusión a los principios fundantes de todo el andamiaje jurídico que estructura el sistema normativo colombiano en respeto al Bloque de Legalidad⁴⁰, y busque allí el fin último de la norma que, en todo caso, debe ser concordante con los postulados constitucionales del que derivan, y no simplemente sobre si aquella norma que se invoca y pretende aplicar, es conforme a la Constitución⁴¹, es decir se es exequible o no, producto del control propio que realiza la Corte Constitucional cuya sentencias se identifican con la letra C. A fin de que se eviten o minimicen las arbitrariedades de la Administración y se garanticen en mayor medida los derechos de los ciudadanos, realizando las interpretaciones judiciales de los preceptos legales en coherencia con las interpretaciones constitucionales que se hayan hecho de las mismas.

Es preciso, respetando la metodología planteada en este escrito, indicar que se comparten los argumentos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre que el nombramiento en provisionalidad, no puede asimilarse a un Cargo de Carrera Administrativa, el cual solo se abastece con el nombramiento ordinario producto de un concurso de méritos que haga la autoridad competente, y por tanto, de esta posición no surgen ciertos derechos como aquellos referidos a la estabilidad en el empleo. Pero se difiere de lo dicho por el Consejo de Estado, al considerarse que tampoco puede equipararse el nombramiento en provisionalidad al de libre nombramiento y remoción, aunque el acto administrativo del que nacen, sea en virtud de la potestad discrecional del nominador y sin que sea necesario expresar las motivaciones del mismo, por poseer naturalezas jurídicas diferentes, ya que mientras el primero es una provisión temporal del cargo para la realización de actividades técnicas, el segundo es un nombramiento para aquellas actividades de dirección y manejo y en las que se requiere la confianza del nominador.

Adicional a esto, también se discrepa con el concepto de discrecionalidad asumido por este alto tribunal de lo Contencioso Administrativo, pues entendida la discrecionalidad administrativa en los términos esbozados en la parte introductoria de este escrito, esta no es un permiso legal para “no expresar los motivos” que ha tenido la Administración cuando adopta una decisión en virtud de la misma y por ello, se hace imprescindible aplicar la regla y obligación general de motivar los actos

⁴⁰ Cuando se refiere al Bloque de Legalidad, se hace en el sentido amplio del mismo, pues este no solo lo compone el texto escrito de la ley, sino también a los precedentes jurisprudenciales y la doctrina aceptable sobre el mismo, este es el sentido que debe darse a la aplicación del Artículo 230 de la Constitución Política Colombiana.

⁴¹ *Op. cit.*, pág. 6. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 19 de octubre de 2006. Radicación 250002325000 2002 06975 01(3934-05) C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero en la que se indicó “(...) cuando el Consejo de Estado examina la legalidad de un acto administrativo sin duda alguna hace la confrontación necesaria frente a las normas constitucionales; pero es que además, el solo hecho de darle aplicación a la ley como sucede en el caso de los nombramientos provisionales en cargos de carrera, implica que dicha ley se tiene como ajustada a la Constitución, ya sea porque ha sido objeto de estudio de constitucionalidad por parte de la Corte en cualquiera de sus alternativas de control, o porque, también se presume que el Legislativo ha actuado con sujeción a la Constitución en el proceso de producción de la misma(...) (...) ya que al aplicar la ley en presunción ajustada a la Constitución deja de lado cualquier posible arbitrariedad” (resalto fuera de texto original).

que profiere, en respeto a los principios y a las normas de superior jerarquía, en ejercicio de la libertad que se le otorga para escoger la decisión que sea adecuada, necesaria y proporcional con el interés general.

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, Tomás-Román. *“Curso de Derecho Administrativo”* Tomo I. Editorial Temis S.A. Madrid. 2008.

HART, H.L.A., *“El concepto de derecho”* Traducción por Genaro R. Carrio. Abeledo-Perro. Buenos Aires. 1963.

HART, H.L.A., *“The concept of law”* with a Postscript. Clarendon Press-Oxford. 1994.

MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *“Discrecionalidad administrativa”*. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá. 2007.

RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar. *“La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin”*. Universidad de los Andes. Editorial Siglo de Hombres. Primera Edición. Reimpresión. Bogotá. 2005.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *“La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho Positivo Colombiano”*. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá. 2010.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *“Tratado de Derecho Administrativo”*. Tomo II. Universidad Externado de Colombia. Cuarta Edición. Bogotá. 2008.

TARAZONA NAVAS, Julio Alberto. *“El Imperio de la Constitución y del Precedente Constitucional”*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2007.

ZAMBRANO, Pilar. *“La inevitable creatividad en la interpretación jurídica: Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad”*. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México. 2009.

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

C 391 del 16 de septiembre de 1993 MP. José Gregorio Hernández Galindo.

T 800 del 14 de diciembre de 1998. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

SU 250 del 26 de mayo de 1998 MP. Alejandro Martínez Caballero.

SU 917 del 16 de noviembre de 2010 MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

DEL CONSEJO DE ESTADO

Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 13 de marzo de 2003, radicación 76001-23-31-000-1998-1834-01(4972-01). C.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 19 de octubre de 2006. Radicación 250002325000 2002-06975-01(3934-05) C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia de 26 de junio de 2008. Radicación No.: 680012315000200101916-01 (0606-07) C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 23 de febrero de 2011. Radicación 11001-03-15-000-2010-01401-00(AC) C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 3 de marzo de 2011. Radicación 50001-23-31-000-2004-10507-01(0784-10) C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 3 de marzo de 2011. Radicación número: 11001-03-15-000-2010-01347-01(AC). C. P. del Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.